

東海法学

No.67

石田清彦教授 北村隆憲教授 退職記念論文集

献呈の辞

..... 唐津恵一

石田清彦教授 略歴と業績

北村隆憲教授 略歴と業績

講演

The Self-Defense Force's Ability to Attack the Enemy Base

..... NAGAYAMA Shigeki

論説

保険契約と適合性原則に関する序論的検討

..... 小林史治

論説

不法領得の意思の再検討

—最決平成16年以降の裁判例の考察を通して

..... 山中純子

2024

東海大学法学部

東海法学 No.67

石田 清彦 教授 北村 隆憲 教授

退職記念論文集

2024
東海大学法学部



石田 清彦 教授



北村 隆憲 教授

献呈の辞

石田清彦先生と北村隆憲先生が、2023年3月をもって東海大学法学部を退職されました。石田先生は23年間、北村先生は32年間、本学に勤務され、それぞれのご専門の分野（石田先生は商法、北村先生は法社会学）で教育・研究に優れた業績を上げられるとともに、学務運営面においても大きな足跡を残されました。

石田先生は、2000年4月に法学部教授として着任され、2023年3月のご定年までその職に在られました。この間、商取引法を中心とする商法分野の科目を受け持たれ、幾多の学生を指導してこられました。また、2012年4月から3年間法学部長を務められ、学生のため、教員のため、時には学長と対峙して学部利益を守るなど、学部の良い教育研究環境の維持に尽力されたと聞いております。またお菓子作りやテニスをされるのが趣味であったことなどをお聞きするにつけ、先生の人望の厚さや優しいお人柄に触れる思いがいたします。さらに、20年に渡って秦野市公平委員会委員を務められ、神奈川県公平委員会連合会より表彰されていることや、秦野市の入札監視委員会の立ち上げに尽力され、初代の委員長を務められるなど、地域への貢献にも尽力されました。

北村先生は、1991年4月に法学部講師として着任され、1994年4月同助教授、2002年4月同教授にそれぞれ就任され、2023年3月のご定年までその職に在られました。この間、法社会学分野の科目を受け持たれ、幾多の学生を指導してこられました。教育面では、いち早くインタビュー動画など組み込んだキャリア教育の先駆的な試みをされるなど、いろいろと工夫を凝らした授業を開発されてきたと聞いております。研究面では英語によるものを含めて数多くの論文等を著わされるとともに、法学部内での共同研究を立ち上げるなど、法学部の研究レベルの向上に尽力されました。先生はご退職後も法学部の客員教授として精力的に研究活動を継続して行われています。

私ども教員一同、これまでの両先生のご恩に心から感謝するとともに、今後の益々のご健勝とご活躍を祈念して、本誌を両先生に献呈いたします。

2024年8月

東海大学法学部長 唐津恵一

東海法学 67号 2024 目次

献呈の辞.....	法学部長 唐津恵一	i
石田清彦教授 経歴と業績.....		1
北村隆憲教授 経歴と業績.....		5
 <u>講演</u>		
The Self-Defense Force's Ability to Attack the Enemy Base	NAGAYAMA Shigeki	21
 <u>論説</u>		
保険契約と適合性原則に関する序論的検討	小林史治	31
 <u>論説</u>		
不法領得の意思の再検討 —最決平成 16 年以降の裁判例の考察を通して	山中純子	57

石田清彦教授 略歴と業績

〔略歴〕

- 1958 年 1 月 埼玉県川口市に生まれる。
- 1981 年 3 月 筑波大学第一学群社会学類法学専攻卒業
- 1990 年 3 月 筑波大学大学院博士課程社会科学研究科法学専攻修了
(平成 2 年 3 月 23 日 筑波大学法学博士取得)
- 1991 年 1 月 熊本大学法学部助教授 (商法)
- 2000 年 4 月 東海大学法学部教授 (商法)・大学院法学研究科教授 (商法)
- 2001 年 4 月 弁護士登録
- 2012 年 4 月 東海大学法学部長 (2015 年 3 月まで)
同 東海大学大学院法学研究科長 (2015 年 3 月まで)
- 2023 年 3 月 東海大学法学部教授・大学院法学研究科教授定年退職
- 2023 年 4 月 東海大学名誉教授

〔学会活動〕

- 1986 年 10 月 日本私法学会
- 1986 年 10 月 日本海法学会
- 2000 年 10 月 日本保険学会

〔業績〕

- 1 「海上保険法における現実全損の概念 — イギリス法を中心として」筑波法政 10 号 88-125 頁 (筑波大学社会科学系 (法学・政治学)、1987 年)
- 2 「共同運行供用者と自賠法 3 条の他人性」ジュリスト 893 号 124-126 頁 (有斐閣、1987 年)
- 3 「鉄道運送人の責任と責任制限 — 国鉄広島駅事件」ジュリスト 908 号 99-101 頁 (有斐閣、1988 年)
- 4 「分割保険料の振替不能と保険契約の失効」ジュリスト 922 号 76-78 頁 (有斐閣、1988 年)
- 5 「商社における係長の代理権と内部手続上の制約」ジュリスト 940 号 119-122 頁 (有斐閣、1989 年)
- 6 「保険金受取人の死亡による保険金請求権の帰属 — 再指定をせずに保険契約者兼被保険者も死亡した場合」ジュリスト 970 号 105-107 頁 (有斐閣、1990 年)
- 7 「保険金受取人が複数の場合の生命保険金請求方法 — 代表者一人のみが請求できる旨の約款の効力」ジュリスト 973 号 118-120 頁 (有斐閣、1991 年)
- 8 「イギリス法における全損制度について — 船舶・貨物を中心として」海法

- 会誌 36 号 135-151 頁（日本海法会、1992 年）
- 9 「保険委付と民法四六七条」別冊ジュリスト 121 号商法（保険・海商）判例百選（第二版）136-137 頁（有斐閣、1993 年）
- 10 「駐車場における車内の高価品の紛失と商法 5 9 5 条の準用」ジュリスト 1035 号 174-176 頁（有斐閣、1993 年）
- 11 「精算結了の登記と法人格の消滅」別冊ジュリスト 124 号商業登記先例判例百選 172-173 頁（有斐閣、1993 年）
- 12 「商法五七八条の高価品の意味」別冊ジュリスト 129 号商法（総則・商行為）判例百選（第三版）162-163 頁（有斐閣、1994 年）
- 13 「不当利得返還請求権の消滅時効期間 — 質権者に対する保険金返還請求の場合」ジュリスト 1066 号 242-244 頁（有斐閣、1995 年）
- 14 「役務を背景にしたリース取引と信義則」ジュリスト 1089 号 330-332 頁（有斐閣、1996 年）
- 15 「被保険者の相続人に保険金を支払う旨の条項の効力」別冊ジュリスト 138 号損害保険判例百選（第二版）182-183 頁（有斐閣、1996 年）
- 16 「外国向為替手形の不渡りによる買取銀行の手形買戻請求と貿易保険法」別冊ジュリスト 144 号手形小切手判例百選（第五版）206-207 頁（有斐閣、1997 年）
- 17 「搭乗者傷害保険における「搭乗中」の意味 — 高速道路でタイヤチェーン装着中に起きた事故の場合」『商事判例研究昭和六十二年度』77-83 頁（有斐閣、1997 年）
- 18 「取締役らの退任および退職後の競業行為と不法行為責任」ジュリスト 1119 号 145-147 頁（有斐閣、1997 年）
- 19 「相互依存型商取引における信頼の保護 — スーパーマーケットでの事案の検討を中心として」『商事法の展望（竹内昭夫先生追悼論文集）』47-62 頁（有斐閣、1998 年）
- 20 「保険契約者の任意的訴訟担当 — 保守契約上の修理費の保険金請求」ジュリスト 1168 号 133-135 頁（有斐閣、1999 年）
- 21 「地震免責条項の解釈 — 火災発生後に地震による影響を受けた場合の免責範囲」ジュリスト 1212 号 119-121 頁（有斐閣、2001 年）
- 22 「リゾート開発事業と名板貸責任 — 預託金返還請求における商法 2 3 条類推適用の可否」ジュリスト 1236 号 111-113 頁（有斐閣、2002 年）
- 23 「商法 5 7 8 条の高価品の意味」別冊ジュリスト 164 号商法（総則・商行為）判例百選（第四版）194-195 頁（有斐閣、2002 年）
- 24 「建設共同企業体構成員の第三者に対する責任 — 経常 JV の場合」ジュリスト 1256 号 188-190 頁（有斐閣、2003 年）
- 25 「白地手形と除権判決」別冊ジュリスト 173 号手形小切手判例百選（第 6 版）168-169 頁（有斐閣、2004 年）
- 26 「安楽死の場面での嘱託殺人と生命保険金請求の可否」『新・裁判実務大系 19 保険関係法』339-351 頁（青林書院、2005 年）
- 27 「不動産競売の配当に対する不当利得返還請求の可否」ジュリスト 1300

- 号 150-152 頁（有斐閣、2005 年）
- 2 8 「生命保険と遺伝情報」別冊ジュリスト 183 号医事法判例百選 236-237 頁（有斐閣、2006 年）
- 2 9 「交通事故当時胎児であった者による無保険車傷害保険金請求」損害保険研究 68 巻 4 号 165-173 頁（損害保険事業総合研究所、2007 年）
- 3 0 「船舶の衝突によって生じた損害賠償請求権の消滅時効の起算点」損害保険研究 69 巻 1 号 313-326 頁（損害保険事業総合研究所、2007 年）
- 3 1 「高度障害保険の責任開始期前発病不担保条項の解釈と信義則」ジュリスト 1334 号 246-248 頁（有斐閣、2007 年）
- 3 2 「網膜色素変性症と責任開始時前発病不担保条項の適用の可否」保険事例研究会レポート 228 号 1-9 頁（生命保険文化センター、2008 年）
- 3 3 「人身傷害補償保険における保険金の損害額への充当方法」損害保険研究 69 巻 4 号 181-191 頁（損害保険事業総合研究所、2008 年）
- 3 4 「確約書での「言い値」と売買契約の成立の可否」ジュリスト 1353 号 131-134 頁（有斐閣、2008 年）
- 3 5 「商法 5 7 8 条の高価品の意味」別冊ジュリスト 194 号商法（総則・商行為）判例百選第五版 198-199 頁（有斐閣、2008 年）
- 3 6 「年金投資一任契約における受任機関の債務不履行責任」ジュリスト 1390 号 140-143 頁（有斐閣、2009 年）
- 3 7 「人身傷害補償保険の保険代位と損害賠償請求権の範囲」『保険判例 2 0 0 9』149-163 頁（保険毎日新聞社、2009 年）
- 3 8 「招集手続の瑕疵と理事会決議の効力 — 国民健康保険組合の場合」ジュリスト 1411 号 140-143 頁（有斐閣、2010 年）
- 3 9 「入浴中の溺死」別冊ジュリスト 202 号保険法判例百選 200-201 頁（有斐閣、2010 年）
- 4 0 「人身傷害補償保険金の受領と損害賠償請求権の範囲」『保険判例 2 0 1 0』210-218 頁（保険毎日新聞社、2010 年）
- 4 1 「生命保険会社支社のお客様相談室長と表見代理」ジュリスト 1434 号 140-143 頁（有斐閣、2011 年）
- 4 2 「自殺を伴った行為と犯罪行為免責の適用の可否」保険事例研究会レポート 256 号 1-9 頁（生命保険文化センター、2011 年）
- 4 3 「弁護士賠償責任保険契約における保険事故と損害との因果関係 — 控訴期間の徒過による示談金の支払の場合」『保険判例 2 0 1 1』117-126 頁（保険毎日新聞社、2011 年）
- 4 4 「自動車共済契約における傷害と死亡との因果関係 — 搭乗者傷害条項・自損事故条項について」『保険判例 2 0 1 1』174-184 頁（保険毎日新聞社、2011 年）
- 4 5 「弁護士賠償責任保険契約における保険事故と損害との因果関係 — 控訴趣意書提出期限の徒過による示談金の支払の場合」『保険判例 2 0 1 2』14-23 頁（保険毎日新聞社、2012 年）
- 4 6 「優先道路における前方注視義務といわゆる信頼の原則」『保険判例 2 0

- 1 3』13-22 頁（保険毎日新聞社、2013 年）
- 4 7 「保険契約における未成年者の同意に関する問題再考 — 未成年者を被保険者とする死亡保険を中心として」『企業法の現在（青竹正一先生古希記念）』597-620 頁（信山社、2014 年）
- 4 8 「乗客がタクシー降車後に 1 歩か 2 歩程度歩いた際の上乗と人身傷害補償条項にいう「自動車の運行に起因する事故」の該当性」東海法学 48 号 1-9 頁（東海大学法学部、2014 年）
- 4 9 「保険代位に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点 — 人身傷害補償保険の場合」ジュリスト 1467 号 86-89 頁（有斐閣、2014 年）
- 5 0 「白地手形と除権判決」別冊ジュリスト 222 号手形小切手法判例百選第七版 164-165 頁（有斐閣、2014 年）
- 5 1 「交通事故と医療過誤が競合した場合、被害者の代理人である弁護士（被告）がすでに医療過誤による解決金を示談により受領しながら、この事実を加害者に説明しないまま、加害者側の保険会社（原告）から訴訟上の和解に基づき損害賠償金の二重支払いを受けたことにつき、原告の損害賠償の請求が認容された事例」『保険判例の研究と動向 2 0 1 4』52-61 頁（文眞堂、2014 年）
- 5 2 「集中豪雨における自動車運転者の搭乗者に対する責任 — 自賠法 3 条および不可抗力の判断について」ジュリスト 1483 号 100-103 頁（有斐閣、2015 年）
- 5 3 「生保型傷害保険における高齢者対応 — 入浴中の急死事故および誤嚥事故の外來性をめぐる問題について」東海法学 51 号 1-29 頁（東海大学法学部、2016 年）
- 5 4 「降車時の受傷と搭乗者傷害特約における運行起因性の有無（最二小判平成 28・3・4）」ジュリスト臨時増刊 平成 28 年度重要判例解説 1505 号 126-127 頁（有斐閣、2017 年）
- 5 5 「入浴中の急死と疾病免責」ジュリスト 1509 号 103-106 頁（有斐閣、2017 年）
- 5 6 「高価品の意味」別冊ジュリスト「商法判例百選」243 号 152-153 頁（有斐閣、2019 年）

北村隆憲教授 略歴と業績

[職歴]

- 1991 年 4 月 - 東海大学, 法学部, 講師
- 1994 年 4 月 - 東海大学, 法学部, 助教授
- 2002 年 4 月 - 東海大学, 法学部, 教授
- 2023 年 3 月 - 東海大学定年退職
- 2023 年 4 月 - (現在に至る)東海大学, 客員教授

[専門分野]

法社会学

[書籍]

- 北村隆憲(監訳)(2025)『法のエスノメソドロジー—「生ける秩序」の法社会学』新曜社.
- 北村隆憲(森本郁代・小宮友根・三島聡・サトウ タツヤ・國井恒志との共著)(2023)『裁判員裁判の評議を解剖する—ブラック・ボックスを開く会話分析』日本評論社.
- 北村隆憲(樫田美雄・米田憲市・岡田光弘・曾場尾雅宏との共著)(2023)『法実践 (リーガル・コミュニケーション) の解剖学—ビデオ・エスノグラフィ—から臨床法学へ』晃洋書房.
- 北村隆憲・深谷安子(2018)『看護におけるコミュニケーション・パラダイムの転換—ケアとしてのコミュニケーション』関東学院大学出版会.
- 北村隆憲・深谷安子(監訳)(2010)『患者参加の質的研究—会話分析からみた医療現場のコミュニケーション』医学書院.
- 北村隆憲(訳)(2007)『法廷における“現実”の構築—物語としての裁判』日本評論社.
- Kitamura, Takanori et Wanda Capeller(1998) *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales: autour de Masaji Chiba*, Bruylant. (『非西欧社会の法文化』)(仏語).

[論文等]

- 北村隆憲(樫田美雄と共著)(2024)認知症の社会学・序—95 歳認知症女性は、どのようにして季節見当識を示したのか 現象と秩序(21)119-129.

- 北村隆憲(2024)エスノメソドロジー・会話分析と「生ける秩序」の法社会学(監訳者解説)(北村隆憲監訳)『法のエスノメソドロジー—「生ける秩序」の法社会学』(監訳者解説)新曜社.
- 北村隆憲(2024)「エスノメソドロジー・会話分析」による「質的探究」—緊急通報における「法」の達成 (和田仁孝・高橋裕・山田恵子編)『質的探究法社会学』北大路書房.
- 北村隆憲(2024)「法の現場」とその「記述」をめぐって 法社会学 (90) 54-58.
- 北村隆憲・深谷安子・岡部明子・川口港・小山幸代(2024)要介護高齢者のケアとしての日常会話(生活世界コミュニケーション)に関連する要因の検討—基本的属性と社会関係要因に焦点をあてて 老年社会科学 45(4) 315-326.
- 北村隆憲(2023)法実践のIT化と(法)社会学研究 裁判IT化科研ニュースレター(2023年夏創刊号)(1) 2-2 2023年9月30日.
- Kitamura, Takanori, Yasuko Fukaya, Minato Kawaguchi, Meiko Okabe, Sachiyo Koyama(2023)Development of the Life-Worldly Communication Scale to Improve Quality of Life: Daily Conversation as Care for Older Adults. Health Communication (Taylor & Francis) 1-11.
- 北村隆憲(2023)「面接調査」の相互行為分析—調査者と対象者は「紛争経験」をいかに達成するか 法と社会研究 (8) 63-92.
- 北村隆憲(2023)法のエスノメソドロジー(山崎敬一・浜日出夫・小宮友根・田中博子・川島理恵・池田桂子・山崎晶子・池谷のぞみ編)『エスノメソドロジー・会話分析ハンドブック』新曜社 358-369.
- 北村隆憲(2023)裁判官による評議「マネジメント」の一側面—会話資源としての「後ろの位置」における発言(森本郁代・北村隆憲・小宮友根・三島聡・サトウタツヤ・國井恒志編)『裁判員裁判の評議を解剖する—ブラックボックスを開く会話分析』日本評論社 188-206.
- 北村隆憲(2023)評議を「会話参加者の観点」から分析する—評議会話の量的研究と会話分析(森本郁代・北村隆憲・小宮友根・三島聡・サトウタツヤ・國井恒志編)『裁判員裁判の評議を解剖する—ブラックボックスを開く会話分析』日本評論社 60-76.
- 北村隆憲(2023)評議の会話を研究する意義—会話分析のアプローチ(森本郁代・北村隆憲・小宮友根・三島聡・サトウタツヤ・國井恒志編)『裁判員裁判の評議を解剖する—ブラックボックスを開く会話分析』日本評論社 31-59.
- 北村隆憲(2023)交渉を「コミュニケーション」として探究する—「相互行為分析」の交渉学への寄与 *Japan Negotiation Journal*(日本交渉学会学会

誌) 32(1) 1-33.

- 北村隆憲(2023)「裁判への期待／懸念」はいかに語られたか—司法経験に関する面接調査データの「質的研究」とその意義(佐藤岩夫・阿部昌樹・太田勝造編)『現代日本の紛争過程と司法政策—民事紛争全国調査 2016-2020』東京大学出版会 684-702.
- 北村隆憲(2023)法廷尋問のコミュニケーションを可視化する—反対尋問の相互行為分析(樫田美雄・北村隆憲・米田憲一・岡田光弘・曾場尾雅宏編)『法実践(リーガル・コミュニケーション)の解剖学—ビデオ・エスノグラフィーから臨床法学へ』晃洋書房 173-212.
- 北村隆憲(2023)法律相談のコミュニケーションを可視化する—全体構造組織と相互理解の技法(樫田美雄・北村隆憲・米田憲一・岡田光弘・曾場尾雅宏編)『法実践(リーガル・コミュニケーション)の解剖学—ビデオ・エスノグラフィーから臨床法学へ』晃洋書房 115-172.
- 北村隆憲(2023)調停のコミュニケーションを可視化する—メディエーションの相互行為分析(樫田美雄・北村隆憲・米田憲一・岡田光弘・曾場尾雅宏編)『法実践(リーガル・コミュニケーション)の解剖学—ビデオ・エスノグラフィーから臨床法学へ』晃洋書房 67-114.
- 北村隆憲(2023)本書のタイトルとサブ・タイトルについて(樫田美雄・北村隆憲・米田憲一・岡田光弘・曾場尾雅宏著)『法実践(リーガル・コミュニケーション)の解剖学—ビデオ・エスノグラフィーから臨床法学へ』晃洋書房 271-275.
- 北村隆憲(2022)評議における「定式化」とその意義—ファシリテーションの一形式として 法と心理 22(1) 32-38.
- 北村隆憲(2022)エスノメソドロジーによる社会秩序の探究—「法の相互行為分析」(2) 東海法学 (63) 17-58.
- 北村隆憲(2022)「紛争経験」の相互行為分析—面接調査において「トラブル」の事実性はいかに達成されるか 法社会学 (88) 150-178.
- 北村隆憲(2022)法的場面のコミュニケーションを探究する—「法の相互行為分析」(1) 東海法学 (62) 1-25.
- 北村隆憲(2021)「エスノメソドロジー・会話分析」と法社会学—「生ける秩序」としての「法」の経験的探究に向けて 東海法学 (61) 97-125.
- 北村隆憲(2021)紛争経験調査における「質的研究」の意義—エスノメソドロジーからのアプローチ(東京大学社会科学研究所)超高齢社会における紛争経験と司法政策 ディスカッション・ペイパー・シリーズ (7) 1-29.
- 北村隆憲(2020)裁判員評議における発話行為の「類型」と「位置」—「法と言語」研究への相互行為分析からの寄与 法と言語 5 巻 1-24.

- 北村隆憲(2020)「意味」としての法—記号、象徴、物語として法を理解する 東海法学 (59) 47-69.
- 檜田美雄・北村隆憲・米田憲市・岡田光弘(2020)弁護士はいかに相談者の「表情を読む」か—ビデオ・エスノグラフィーによる法的コミュニケーション研究の意義 東海法学 (59) 27-46.
- 岡田光弘・北村隆憲・檜田美雄・米田憲市(2020)ビデオ・エスノグラフィーによる法現象の研究—ハイデガーとデュルケムのモノとしての「法律相談」 東海法学 (58) 19-34.
- 北村隆憲・岡田光弘・米田憲市・檜田美雄(2020)交渉のコミュニケーションを可視化する 東海法学 (58) 1-17.
- Yasuko Fukaya, Kitamura, Takanori, Minato Kawaguchi(2020)Does Everyday Conversation Contribute to Cognitive Functioning? A Comparison of Brain Activity During Task-Oriented and Life-Worldly Communication Using Near-Infrared Spectroscopy *Gerontology and Geriatric Medicine* 6 1-14.
- Yasuko Fukaya, Kitamura, Takanori, Minato Kawaguchi(2019)Development of Life-Worldly Communication Scale for Older Persons: A Pilot Study *Journal of Health and Medical Sciences* 2(4) 552-566.
- 北村隆憲(2019)法律相談のコミュニケーションを分析する—全体構造組織と相互理解の技法 東海法学 (56) 81-129.
- 北村隆憲(2019)調停のコミュニケーションを分析する—非難の連鎖はいかに「管理」されるか 東海法学 (56) 47-80.
- 北村隆憲(2019)裁判官のアイデンティティと実践の諸形式—評議における相互行為資源としての「後ろの位置」 法社会学 (85) 181-208.
- Yasuko Fukaya, Kitamura, Takanori, Ritsuko Wakabayash, Kanako Yamakuma, Mai Keiko, Omoto Mizuki(2018)The Development of the Life-Worldly Communication Scale (LWCS) for Elderly Persons in Geriatric Facilities. *International Journal of Nursing and Health Care Research* 2018(2) 1-10.
- 北村隆憲 (2018)看護コミュニケーション研究の動向 北村隆憲・深谷安子(編著)『看護におけるコミュニケーション・パラダイムの転換』関東学院大学出版会 25-36.
- 北村隆憲 (2018)看護コミュニケーションを相互行為として分析する—タイプⅠとタイプⅡの質的分析 北村隆憲・深谷安子(編著)『看護におけるコミュニケーション・パラダイムの転換』関東学院大学出版会 57-82.
- Fukaya, Yasuko, Kitamura, Takanori, Minato Kawaguchi(2018)Towards a

Conversion of the Nursing Communication Paradigm: A View from the Analysis of Actual Nurse-Elderly Interactions *Advanced Practices in Nursing* 3(1) 1-9.

北村隆憲(2018) エスノメソドロジーと会話分析による法社会学研究の世界 東海法学 (55) 173-228.

Kitamura, Takanori, Yasuko Fukaya, Ritsuko Wakabayashi, Kanako Yamakuma Yamano, Mai Keiko(2018) The Development of the Life-Worldly Communication Scale for Older Adults in Home Care *Annals of Nursing and Primary Care* 1(1) 1-8.

北村隆憲・五十嵐素子・真鍋陸太郎(2017) 航空管制のペアワークにおけるリスク管理—二重のモニターによる相互理解の達成『ワークプレイス・スタディーズ』ハーベスト社 208-226.

北村隆憲(2017) 解釈法社会学とエスノメソドロジー／会話分析 (西田英一・山本顕治編)『振舞いとしての法—知と臨床の法社会学』法律文化社.

北村隆憲(2017) 研究と実践における映像データの可能性『質的心理学研究』(16) 215-217.

Kitamura, Takanori, Yasuko Fukaya(2016) Analysis of Utterances by Older Persons in ‘Life-Worldly’ Communication with Caregivers in Japan *Journal of Nursing and Care* 5(5) 1-10.

北村隆憲(2016) ミディエーションの相互行為分析の試み—エスノメソドロジーと会話分析の視点から 東海法学 (51) 102-168.

北村隆憲(2015) 法社会学 (角田猛之他編)『法文化論の展開—法主体のダイナミクス』信山社 323-324.

北村隆憲(2015) 法と文化 (角田猛之他編)『法文化論の展開—法主体のダイナミクス』信山社 311-322.

北村隆憲(2015) ミディエーションの相互行為分析の試み『桐蔭横浜大学ミディエーション交渉研究所公開研究会報告書』(8) 3-15.

北村隆憲(2013) 反対尋問のビデオ・エスノグラフィー—弾劾と防御の方略とコミュニケーション・トラブル 法学論集(鹿児島大学法学部) 47(2) 239-269.

Fukaya, Yasuko, Takanori Kitamura(2013) Status of Capability ADL and Performance ADL (ADL Gap) in Community Elderly with Disabilities and Development of ADL Gap Self-Efficacy Scale Jean Baptiste Giroux and Charlotte Vallee, eds., *Activities of Daily Living: Performance, Impact on Life Quality and Assistance* Nova Science: New York 97-117.

- 北村隆憲(2013)法の相互行為分析と法実践 質的心理学フォーラム (5) 86-88.
- 北村隆憲(2013)千葉正士博士との対話—千葉正士博士の人と業績(2) 東海法学 (46) 92-72.
- 北村隆憲(2013)「弁護士のアドバイスへの依頼者の拒否と抵抗」の可視化—臨床法学教育における「即時分析」から 法曹養成と臨床教育 (6) 153-157.
- 北村隆憲(2012)誘導尋問に対する証人の「はい/いいえ」を超える返答の帰結—法廷尋問のマイクロ分析 法曹養成と臨床教育 (5) 150-155.
- 北村隆憲(2011)非西欧法の法人類学へ—或る軌跡 千葉正士博士の人と業績 (1) 東海法学 (45) 180-159.
- 北村隆憲(2010)本書の理解をより深めるための会話分析入門(解説) 北村隆憲・深谷安子(監訳)『患者参加の質的研究—会話分析からみた医療現場のコミュニケーション』医学書院 xix-xxviii.
- Yasuko Fukaya, Kitamura, Takanori, Sachiyo Koyama, Yusuke Kimura (2009) Education to promote verbal communication by caregivers in geriatric care facilities *Japan Journal of Nursing Science* 6(2) 91-103.
- 樫田美雄・北村隆憲・岡田光弘・五十嵐素子・宮崎彩子・出口寛文・真鍋陸太郎・藤崎和彦・高山智子・太田能・玉置俊晃・寺嶋吉保・阿部智恵子・島田昭仁・小泉秀樹(2008)高等教育改革の相互行為分析—ビデオ・エスノグラフィー研究の狙いと工学部都市工学演習の実際 大学教育研究ジャーナル 5(5) 93-104.
- 北村隆憲(2007)法科大学院及び法学部における法哲学関連科目に関する実態調査の概要 法哲学年報 (267) 18-31.
- 深谷安子・北村隆憲・木村勇介・小山幸代(2007)介護保険施設種類別による発語時間や声かけ時間の差異並びに発語時間に関連を及ぼす因子の検討 東海大学健康科学部紀要 (13) 33-34.
- 北村隆憲(2006)法学教育から見た教養教育—法と社会の視点から 『法の中の教養・教養の中の法』慶應義塾大学教養研究センター.
- Y. Fukaya, Kitamura, Takanori, S. Koyama, K. Suzuki, H. Noguchi (2006) Educational Interventions for Promoting Verbal Communication with Elderly Clients *Turkish Journal of Geriatrics* (suppl. 1, special issue) 27-27.
- 北村隆憲(2005)「法律キャリア・プランニング」授業におけるマルチメディア教材の製作・利用の試み—法科大学院時代の学部教育の一例として 大

学教育と情報 14(2) 36-38.

北村隆憲(2004)法の話と紛争の語り 法社会学 (60) 59-75.

北村隆憲(2000)日常生活と法の相互構築—エンゲル教授の解釈主義法社会学 東海法学 (53) 219-225.

北村隆憲(2000)「トラブル」の物語分析—在米日本人に対する面接調査に基づいて 東海法学 (24) 55-91.

Kitamura, Takanori(1998)Entretien avec M. Chaiba masaji, le professeur de la sociologie du droit Takanori et Wanda Capeller *Une introduction aux cultures juridiques non-occidentales* Bruylant, Bruxelles.

Kitamura, Takanori(1998)Une anthropologie juridique du droit non-occidental: dans un sillage Takanori et Wanda Capeller *Une introduction aux cultures juridiques non-occidentales* Bruylant, Bruxelles.

北村隆憲(1993)「物語り」と法社会学 法社会学 (45) 238-242.

北村隆憲(1993)物語記号論と法社会学の界面 東海法学(11) 217-257.

北村隆憲(1992)法記号論と法社会学『法人類学の地平』成文堂.

北村隆憲(1991)法社会学と「物語」の概念 東海法学(7) 71-107.

北村隆憲・千葉正士(1988)法の象徴的機能とガスフィールドの意義 法律時報 60(10) 72-75.

北村隆憲(1987)アルノー(IVRと法哲学者たち(中)) 現代の法哲学者たち 法学セミナー(391) 120-123.

北村隆憲(1987)法文化と法のレトリック 東京都立大学法学会雑誌 28(2) 217-244.

北村隆憲(1986)第1回国際法人類学会の成果(「世界の法社会学」の回顧と展望) 法律時報 58(11) 78-80.

北村隆憲(1985)法の象徴的側面と劇的過程 東京都立大学法学会雑誌 26(2) 495-571.

【翻訳等】

北村隆憲(訳)(2025)ジョン・マンゾウ著「エスノメソドロジー・会話分析」と法社会学研究(北村隆憲監訳)『法のエスノメソドロジー—「生ける秩序」の法社会学』新曜社.

北村隆憲(訳)(2025)ポール・ドリュウ著 反対尋問における証言をめぐる闘い—レイプ裁判の事案(北村隆憲監訳)『法のエスノメソドロジー—「生ける秩序」の法社会学』新曜社.

北村隆憲(訳)(2025)ダグラス・メイナード&ジョン・マンゾウ著 現象としての正義—陪審評議の秩序についての考察(北村隆憲監訳)『法のエスノ

メソドロジー—「生ける秩序」の法社会学』新曜社.

- 北村隆憲・当山紀博(共訳)(2018)ステイシー・バーンズ著「仲裁」のエスノメソ
ドロジー—正義を行い公正さを実演する 東海法学 (55) 112-62.
- 北村隆憲・是永論(共訳)(2018)エリザベス・ストコウ著「成員カテゴリー分析」を
前進させる—体系的分析法の試み 東海法学 (55) 172-114.
- 北村隆憲(監訳)(2017)須永将史・城綾実・牧野遼作(訳) 人間の知と行為の
根本秩序—その協働的・変容的特性(チャールズ・グッドウィン著)
首都大学東京 人文科学研究科 人文学報 社会学 52(513) 35-86.
- 北村隆憲・当山紀博(共訳)(2017)ジョン・マンゾウ著 7 歳の子供に向かってこ
んな質問しないでしょ?—陪審員による実践的推論の使用(上・下)
東海法学 (53・54) 28-4.
- 北村隆憲・当山紀博(訳)(2017)ダグラス・メイナード著「交渉」の会話分析—延
期, 留保, 抑止 東海法学 (54) 128-83.
- 北村隆憲・当山紀博(訳)(2015-2016)ポール・ドリユー著 非難の管理(上)(下)
東海法学 (50) 82-49, (51) 66-34.
- 北村隆憲(訳)(2016)ジョン・F・マンゾウ著 7 歳の子供に向かってこんな質問し
ないでしょ?—陪審員による実践的理論の使用(上) 東海法学 (52)
60-37.
- 北村隆憲・当山紀博(訳)(2015)ポール・ドリユー著 日常会話と法廷尋問にお
ける順番交替組織 東海法学 (49) 132-48.
- 北村隆憲(訳)(2013)レイブ裁判と法廷尋問のミクロ分析 東海法学 (46) 94-
106.
- 北村隆憲・橋本聡(共訳)(2013)グレゴリー・マトウジアン著 言語・法・社会—ケ
ネディ・スミスのレイブ裁判とレイブ・シールド法の政策的含意 東海
法学 (46) 152-107.
- 北村隆憲(訳)(2013)ボードワン・デュブレ著 実践における「意図(故意)」—エジ
プト刑事裁判のエスノメソドロジー 東海法学 (47) 58-21.
- 北村隆憲(訳)(2010)患者参加とコミュニケーションのプロセスを理解する 北村
隆憲・深谷安子(監訳)『患者参加の質的研究—会話分析からみた
医療現場のコミュニケーション』医学書院 2-27.
- 北村隆憲・木村勇介(共訳)(2010)医療面接における患者参加と患者関与の意
味—分類枠組みの提案 北村隆憲・深谷安子(監訳)『患者参加の
質的研究—会話分析からみた医療現場のコミュニケーション』医学
書院 54-83.
- 北村隆憲・樫田美雄(共訳)(2010)良い医療面接と良くない医療面接—患者の
視点から 北村隆憲・深谷安子(監訳)『患者参加の質的研究—会話

- 分析からみた医療現場のコミュニケーション』医学書院 85-108.
- 北村隆憲(訳)(2010)定式化と開始連鎖における患者参加 北村隆憲・深谷安子(監訳)『患者参加の質的研究—会話分析からみた医療現場のコミュニケーション』医学書院 1411-161.
- 北村隆憲・深谷安子・木村勇介(共訳)(2010)看護師—患者間コミュニケーション—看護師と患者との会話は患者参加にどのような影響を及ぼすか? 北村隆憲・深谷安子(監訳)『患者参加の質的研究—会話分析からみた医療現場のコミュニケーション』医学書院 192-220.
- 北村隆憲(訳)(2010)医療面接への患者参加の構成要素—調査・研究のための概念モデル 北村隆憲・深谷安子(監訳)『患者参加の質的研究—会話分析からみた医療現場のコミュニケーション』医学書院 224-234.
- 北村隆憲・北村弥生(共訳)(2010)チャールズ・グッドウィン著 プロフェッショナル・ヴィジョン—専門職に宿るものの見方 共立女子大学文芸学部紀要 (56) 35-80.
- 北村隆憲・内山安夫(共訳)(2010)マックス・トラバース著 クライアントに有罪答弁をするよう説得すること—『法の現実—刑事弁護士事務所におけるワークとトーク』より(2) 東海法学 (43) 126-91.
- 北村隆憲・橋本聡(共訳)(2010)アンジェラ・ガルシア著 口論なしの紛争解決—調停の相互行為組織はいかにして言い争いを最小化するか 東海法学 (44) 82-33.
- 北村隆憲・内山安夫(共訳)(2009)マックス・トラバース著 “生ける法(Law in Action)”—エスノメソドロジーの視点から 東海法学 (41) 252-223.
- 北村隆憲・内山安夫(共訳)(2009)マックス・トラバース著 「ラディカルな」弁護士の法律事務所という現象—『法の現実—刑事弁護士事務所におけるワークとトーク』より(1) 東海法学 (42) 122-91.
- 北村隆憲・橋本聡(共訳)(2001)デイヴィッド・エンゲル著 損害とアイデンティティー—3つの文化における傷ついた自己 東海法学 (26) 237-266.
- 北村隆憲・橋本聡(共訳)(2000)日常生活のドメインにおける法(上)—コミュニティーと差異の構築 東海法学 (24) 221-254.

〔書評〕

- 北村隆憲(2017) (書評) 林田清明著 『《法と文学》の法理論』法社会学 (83) 234-239.
- 北村隆憲(1997) (書評) Carol J. Greenhouse, Barbara Yngvesson, and David M. Engel *Law and Community in Three American Towns* 法社会学

[講演・学会報告・口頭発表等]

- 北村隆憲 (2024) 対話促進型調停の相互行為分析—Facilitative Mediatim はいかに達成されるか 法と言語学会年次大会 12月7日.
- Kitamura, Takanori (2024) Exploring Interactional Features of Deliberation in Japan's Lay-Judge System: Formulations as Facilitating Practices. (裁判員評議の相互行為上の特徴を探究する—ファシリテーション実践としての定式化) RCSL (国際法社会学会) September 4, Bangor University, North Wales, UK.
- Kitamura, Takanori (2024) Formulating as Facilitating Practices: Some Interactional Features of the Jury Deliberation in the Lay-Judge System in Japan (ファシリテーションとしての「定式化」—裁判員制度の評議の相互行為的特徴) IEMCA (国際エスノメソドロジー・会話分析学会) June 26, Sogang University, Seoul, Korea.
- 北村隆憲 (2024) オンライン法実践と相互行為分析—e 法廷の分析に向けて 裁判 IT 化研究会 共立女子大学 2月19日.
- 北村隆憲 (2023) メディエーション技法スキルアップ講座 (ピア・メディエーション養成講座) ピアメディエーション学会 オンライン 10月28日.
- 北村隆憲 (2023) 裁判員評議のコミュニケーションを分析する: 会話分析から何がわかるか? 法理論研究会定例会 (北海道大学) 10月14日.
- Kitamura, Takanori (2023) Development of a New Training Method for Mediators Using Conversation Analysis: Interaction-Analytic Method for Practitioners (iAMP) (会話分析を用いた訓練手法の開発) RCSL Conference, Lund University, Sweden August 30.
- 北村隆憲 (2023) 「法の現場」とその「記述」をめぐって (ディスカッサント・コメント) 日本法社会学会学術大会 全体シンポジウム「法の理論と法の現場」5月14日.
- 北村隆憲 (2023) 対話型調停と会話分析—紛争解決のコミュニケーションを可視化する 愛知県司法書士会 会員研修会 (愛知県司法書士会館) 2月11日.
- 北村隆憲 (2022) 法実践の新たな教育手法の開発—ビデオ映像と相互行為分析を用いた試み 法社会学会 (個別報告) 5月21日.
- 北村隆憲 (2022) 調停を「コミュニケーション」として探求する (Part3): 相互行為分析に基づく新たな法実践の教授法の開発 ピアメディエーション研究会 2月18日.

- 北村隆憲 (2022) 調停を「コミュニケーション」として探求する(Part2):相互行為分析のアプローチから ピアメディエーション学会研究会 1月14日.
- 北村隆憲 (2021) 交渉を「コミュニケーション」として探究する—相互行為分析の交渉学への寄与—「第34回日本交渉学会全国大会」基調講演 11月20日.
- 北村隆憲 (2021) 調停を「コミュニケーション」として探求する(Part1):相互行為分析のアプローチから ピアメディエーション学会研究会 11月12日.
- 北村隆憲 (2021) コミュニケーションとして調停を学ぶ 第10回ピアメディエータ養成講座 10月30日.
- 北村隆憲 (2021) 評議における「定式化」とその意義—ファシリテーションの一形式として—第22回法と心理学会シンポジウム「評議のリアリティを探究する—裁判員裁判への会話分析と文化心理学からのアプローチ」10月24日.
- 北村隆憲 (2021) 評議における共通理解の達成と技法 日本法社会学会学術大会 5月23日.
- 北村隆憲 (2020) 裁判員評議における相互理解の秩序と裁判官の相互行為役割 科学研究費公開研究会 9月.
- 北村隆憲 (2020) 「相互行為における権利と自由」:ディスカッサント・コメント 日本法社会学会学術大会ミニシンポジウム 8月.
- 北村隆憲 (2019) 紛争解決のコミュニケーションを可視化する—交渉、相談、調停、法利用 鹿児島大学司法政策研究センター ロイヤリング実践セミナー 8月30日.
- 北村隆憲 (2019) 法的コミュニケーション分析の最前線—裁判員評議の「ブラックボックス」を可視化する 第二東京弁護士会仲裁センター運営委員主催弁護士研修 6月10日.
- 北村隆憲 (2019) 対話型調停における「理論」と「実践」—「専門家知識」と「定式化」の機能 日本法社会学会学術大会 5月12日.
- 北村隆憲 (2019) 評議における実践的推論の諸形式—裁判員による物的理解と評議スタイル 日本法社会学会学術大会 5月11日.
- 北村隆憲 (2019) 評議コミュニケーションの法言語学への相互行為論からの寄与—「法の計量言語学」と「法の相互行為分析」 法と言語学会 4月21日.
- 北村隆憲 (2018) チャールズ・グッドウィンと「法」—「プロフェッショナル・ヴィジョン」の法社会学 日本エスノメソドロジー・会話分析研究会 10月28日.

- 北村隆憲 (2018) 裁判員は「常識」を使ってどのように議論をするのか—実践的推論の構造 法と心理学会 第 19 回学術大会 10 月 7 日.
- 北村隆憲 (2018) 法律相談の相互行為分析と実践への示唆 日本法社会学会学術大会 5 月 28 日.
- 北村隆憲 (2018) 対話的法実践の質的研究—調停と評議の相互行為分析 日本法社会学会 5 月 27 日.
- Kitamura, Takanori (2017) Dilemma of Advice and Mediators' Practices of implicit Advice-Giving: An Interaction Analysis (調停における助言のジレンマ) Asian Law and Society Conference, December 16, National Chiao Tung University, Taiwan.
- 北村隆憲 (2017) 対話型調停における「助言のジレンマ」と「エンパワメント」—ミディエーションの相互行為分析 日本社会学会大会 11 月.
- 北村隆憲 (2017) 斡旋・調停「振り返り」の試行的分析 第 2 東京弁護士会仲裁センター 2 月.
- Kitamura, Takanori (2016) How Professional Judges Instruct Lay-Judges to Establish 'Facts' Law and Society Association Annual Meeting, June 4, New Orleans, U. S.
- Kitamura, Takanori (2016) How Professional Judges Demonstrate 'Facts' During Mixed Jury Deliberation: A Multi-Modal Analysis of the Embodied Actions of Professional Judges in the Saiban-in Court Asian Law and Society Conference, September 24, National University of Singapore.
- 北村隆憲 (2015) ミディエーションの相互行為分析 桐蔭横浜大学ミディエーション交渉研究所公開研究会 桐蔭横浜大学 3 月.
- 北村隆憲 (2014) 評議における裁判官の発話の位置とデザイン 法社会学会ミニシンポジウム 5 月.
- 北村隆憲 (2014) エスノメソドロジー研究で何が分析できるか—会話分析によるデータ分析を通じて 老年看護学分野における講演会 北里大学 2 月.
- Kitamura, Takanori (2013) Statistical Analysis of Relationship between Caregivers Type II Speech and Elderly Utterances in Geriatric Facilities in Japan Lisbon International Nursing Conference, September.
- Kitamura, Takanori (2013) The Use of Next Positions by Professional Judges as an Interactional Resource: A Video Analysis of a Mock Deliberation Under Lay Judge System in Japan IJEMCA Conference, August 8.

Wilfrid Laurier University, Canada.

- 北村隆憲 (2013) 法学臨床教育におけるビデオデータの即時分析—弁護士の
アドバイスへの依頼者の拒否と抵抗 臨床法学教育学会第6回大
会 4月.
- Kitamura, Takanori (2013) A Micro-Analysis of a Mock Deliberation Under the
Lay Judge System in Japan: The Use of “Next” Positions by
Professional Judges as an Interactional Resource East Asian Law
and Society Conference, March.
- 北村隆憲 (2013) 相互行為における『法的アクセス』—会話分析から見た法的
ディスコース 司法アクセス学会大会 2月.
- 北村隆憲 (2013) セミナー:ビデオ・エスノグラフィーの初歩(質的心理学研究法
セミナー) 質的心理学会主催 1月26日.
- 北村隆憲 (2012) 相互行為上の資源としての「次の」発話位置における裁判官
の発言—模擬評議場面のマイクロ分析 法と言語学会学術大会 12月.
- 北村隆憲 (2012) 航空管制研修におけるレーダー画面の機能に関する研究
日本社会学会 11月.
- 北村隆憲 (2012) 法科大学院教育における反対尋問のビデオ分析—「はい/い
いえ」を超える返答によるトラブルとその帰結 日本社会学会 11月.
- Kitamura, Takanori (2012) An Interactional Analysis of Legal Consultations
Between Lawyers and Clients in Japan International Conference on
Law and Society, May 16.
- 北村隆憲 (2012) 誘導尋問に対する証人の「はい/いいえ」を超える返答の帰結
—法的尋問のマイクロ分析 臨床法学教育学会 4月.
- 北村隆憲 (2012) 法専門職の相互行為知識と評議における知識系・アイデンテ
ィティービデオデータによる反対尋問と陪審評議の分析を素材に
日本エスノメソドロジー・会話分析研究学会春の大会 3月.
- 北村隆憲 (2012) 裁判、陪審、紛争解決—Talk in Action 制度的場面における
エスノメソドロジー・会話分析研究会 3月.
- 北村隆憲 (2011) Change in Speaking Time of Elderly People Who Require
Facility Care When Social Communication From Staff is Increased
USM International Nursing Conference 6月.
- 北村隆憲 (2011) 制度的コンサルテーションの相互行為分析—法律相談と医
療面接 日本法社会学会学術大会ミニシンポジウム「法のエスノメ
ソロジー研究の新展開」 5月.
- 北村隆憲 (2010) 介護認定調査のビデオ・エスノグラフィー 保健医療社会学
会学術大会、ラウンドテーブル「ビデオ・エスノグラフィーの可能性—

- ビデオを用いたコミュニケーション分析の可能性を探る」 5 月.
- 北村隆憲 (2009) 分析と実践とのダイナミクスの可能性 第五回保健医療社会学会大会 5 月.
- 北村隆憲 (2009) 分析と実践とを結ぶ質的研究に向けて—ビデオ・エスノグラフィーによる介護認定過程の研究 日本保健医療社会学会大会 5 月.
- 北村隆憲 (2008) システム事故のエスノメソドロジー 平成 20 年度 TFOS(航空運航システム研究会) 年次シンポジウム : パネルディスカッション「社会安全のあり方 Part2」 12 月.
- 北村隆憲 (2008) 要介護度決定過程の質的研究—その趣旨と概要 日本保健医療社会学会 5 月.
- 北村隆憲 (2008) 介護保険認定調査場面のダイナミズム—会話の特徴による確認 日本保健医療社会学会 5 月.
- 北村隆憲 (2008) 介護認定調査活動における参与枠組みの諸形式 日本保健医療社会学会 5 月.
- Kitamura, Takanori (2007) Variations in Staff Talk-Time and Resident Talk-Time in Nursing-Care Facilities Type, and the Factors Affecting Resident Talk-Time(「介護スタッフと老人被介護者との会話時間の変異とその要因」) 第 1 回日韓地域看護学会 11 月, ソウル.
- 北村隆憲 (2007) 裁判員はどのように判断をするのか? 日本犯罪社会学会大会 10 月.
- 北村隆憲 (2007) 裁判員はどのようにして判断を行うのか?—米国の経験科学的陪審研究と「物語」の視点 日本犯罪社会学会第 34 回大会 10 月.
- 北村隆憲 (2007) Co-Constructing Consent in Investigation: A Single Case Analysis of the Certifying Investigation of the Long-Term Care Insurance System in Japan Law and Society Association and Committee on Sociology of Law, July.
- 北村隆憲 (2006) 法科大学院及び法学部における法哲学等科目に関する実態調査 日本法哲学会学術大会 11 月.
- 北村隆憲 (2006) Effectiveness of Educational Intervention for Promoting Verbal Communication with Elderly Clients Geriatrics 2006, International Congress of Elderly Health, April 4, Istanbul, Turkey.
- 北村隆憲 (2006) Effectiveness of Educational Intervention for Promoting Verbal Communication with Elderly Clients(「施設老人看護における言語コミュニケーション促進のための教育介入の有効性」). International Congress of Elderly Health(国際老人看護学会) 4 月.

- 北村隆憲 (2006) 法学教育からみた教養教育—法と社会の視点から 慶応大学、平成 17 年度文科省私立大学学術研究高度化推進事業、学術フロンティア推進事業「超表象デジタル研究」コンテンツ研究ユニット 温故知新型日本の教養研究グループ 招聘講演会 3 月.
- 北村隆憲 (2005) 法律キャリア・プランニング授業の実践 大学情報化全国大会 9 月.
- 北村隆憲 (2003) 紛争の語りと法 日本法社会学会 5 月.
- 北村隆憲 (2002) Case Studies from Japan The First Joint Meeting of the Law and Society Association and the Canadian Law and Society Association, May 30, Vancouver, British Columbia.
- 北村隆憲 (2001) Stories of Japanese Living in the US Law and Society Conference (トラブル物語分析から見た法の語りについて) 世界社会学会 法社会学分科会 シンポジウム「Stories from the Field」 7 月 2 日.
- 北村隆憲 (2001) 人々のトラブル物語における法意識と法文化—法文化概念把握の「規範的パラダイム」と「解釈的パラダイム」 日本法社会学会 学術大会・シンポジウム「法と文化」におけるパネリスト報告 5 月 12 日.
- 北村隆憲 (2000) 日本における権利と権利意識 「権利と権利意識」ラウンドテーブル(チェンマイ) 6 月.
- 北村隆憲 (2000) 在米日本人の法意識—「トラブル」の構造分析の試み 日本法社会学会 5 月 13 日.
- 北村隆憲 (1999) Stories of Living in a Foreign Country: A Narrative Analysis of the Legal Consciousness of Japanese in America (外国に住むことの語り—在米邦人の法意識の物語分析) アメリカ「法と社会」学会 シカゴ大会 5 月 28 日.
- 北村隆憲 (1993) 法的ディスコースの概念 日本法社会学会 ミニシンポジウム「法社会学のフロンティア(3)」第一分科会ディスカッサント報告.

上記以降の最新の業績については、「リサーチマップ」を参照してください:

https://researchmap.jp/Takanori_Kitamura

【講演】

The Self-Defense Force's Ability to Attack the Enemy Base

NAGAYAMA Shigeki

This article is based on the author's oral presentation at the break-out session "Peace and Imperialism" of the COLAP Conference 2024, on 29 August 2024, at the University of the Sacred Heart (SEISHIN Women's University) in Tokyo.

Good afternoon, everyone. I am a professor at TOKAI University, majoring the constitutional law. I have a strong interest in the possibilities of constitutional control of the war powers of the state.

To open this session, "Peace and Imperialism", I would speak about the Japanese self-defense force's ability to attack the enemy base (自衛隊の敵基地攻撃能力) in the context of the imperialism in Asia.

1. Japan's Demilitarization and Rearmament

1. 1 Demilitarization and Constitution

Let us face some historical facts first.

The Imperial Japanese government accepted the Potsdam Declaration, putting an end to the World War II. The Empire of Japan collapsed to lose all its colonies, including Korea and Taiwan (Aug. 1945).

From 1945 to 1952, the Allied forces occupied Japan. We amended completely the Meiji Constitution (the Constitution of the Empire Japan,

大日本帝国憲法,1889) into the Constitution of Japan (日本国憲法,1946). The new article 9, Section 1 of the Constitution stipulates the renunciation of war. The Section 2 prohibits the possession of war potential, as you know.

1. 2 Birth of the Security Treaty Regime

But in the Korean War, the U.S. troops in Japan moved to the Korean Peninsula one after another. To fill a military vacuum in Japan, the General Head Quarters (GHQ) Douglas MacArthur ordered the Japanese government to rearm (1951).

Thus, the National Police Reserve (NPR) was established by the administrative order (1950). NPR was reorganized into the National Security Force (1952) and was reorganized again into the Self-Defense Forces (SDF) by the SDF law (自衛隊法, 1954).

The SDF was incorporated in the regime of the “Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America” (Japan-U.S. Security Treaty, 日米安全保障条約, 1952 and 1960). Since then, the SDF has been under the effective command of the U.S. 【Fig. 01】

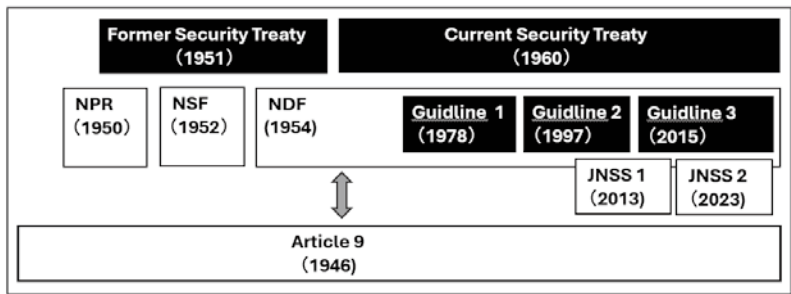


Fig. 01 Security Treaty Regime and the Article 9

- NPR: National Police Reserve 警察予備隊
NSF: National Safety Forces 保安隊
NDF: National Defense Forces 自衛隊
JNSS: Japan National Security Strategy 国家安全保障戦略

2. Constraints Imposed by the article 9

The article 9 provides for the renunciation of war and the demilitarization of the nation. Hence, there are constitutional constraints on the rearmament.

The Japanese government *had to deny* the right of collective self-defense and the ability to attack enemy base while *justifying* the SDF Law and the Security Treaty. The government has referred to this dualistic national strategy as the principle of “exclusive defense-oriented policy” (専守防衛).

2. 1 Limited Permission of the Right of Self-Defense

The Japanese government repeatedly says that the Constitution permits the minimum force to defend Japan. This logic is a kind of maneuver to cover up the politics against the Article 9.

2. 2 Denial of the Right of Collective Self-Defense

The government also made a distinction between the right of individual self-defense (個別的自衛権) and that of collective self-defense (集団的自衛権), meaning military support for one’s allies. It then explained that the article 9 permits the former and prohibits only the latter.

2. 3 Substantial Denial of Attack on Enemy Base

The government stated that the SDF could attack enemy base only if certain conditions were met. Those conditions are that (i) the degree of attack must be limited to the minimum necessary for self-defense, and that (ii) the support from the U.S. or the UN may not be obtained (Feb.1956).

If both conditions (i) and (ii) were not met, enemy base attack could be unconstitutional.

But under the Security Treaty regime, it is hard to imagine that the U.S. stands by as invasion against Japan where the U.S. has more than one hundred and thirty military bases. My point is that it is impossible to attack on enemy base, according to the government’s explanation.

3. Growth of the Security Treaty Regime

3. 1 Imperialistic Functions of the U.S. Military in Japan

However, to secure military and political superiority not only in the Far East but also throughout Asia, the U.S. tries to strengthen Japan-U.S. military cooperation.

Under the revised Security Treaty (1960), the U.S. used the bases in Japan (Kadena, Atsugi, Yokosuka, Sasebo, etc.) to attack Vietnam. The SDF also conducted mine sweeping operations in the Persian Gulf after the Gulf War, refueled the U.S. forces in the Afghan War, and provided transportation services for soldiers of multinational forces in the Iraq War.

The Nagoya Court of Appeal ruled that the Air SDF's transport activities in the Iraq War violated the Article 9 Section 1 because the SDF was involved in combat operations by multinational forces (Apr. 2008).

3. 2 Japan-U.S. Joint Command

President Biden regards People's Republic of China (PRC) as the only militaristic competitor in the world "with both the intent to reshape the international order and, increasingly, the economic, diplomatic, military, and technological power to do it". If a military conflict were to erupt between the U.S. and PRC in Taiwan Strait, the SDF might engage in military activities on the front lines.

Now, the two governments are going to strengthen the functions of the joint command of the SDF and the U.S. forces Japan. The Diet revised the SDF Law to set up a Joint Command Headquarters for the SDF (自衛隊統合司令部, 2024). The U.S. would establish Joint Forces Headquarters. This new jointed command structure would make the SDF quickly respond to military conflict in East Asia. 【Fig. 02】

Japan and U.S. also confirm the concept of "extended deterrence". This is understood to imply that these two governments are willing to strengthen the nuclear deterrence and to share nuclear weapons in the near future despite of the Japanese national principle of not possessing nuclear weapons (非核三原則, 1967).

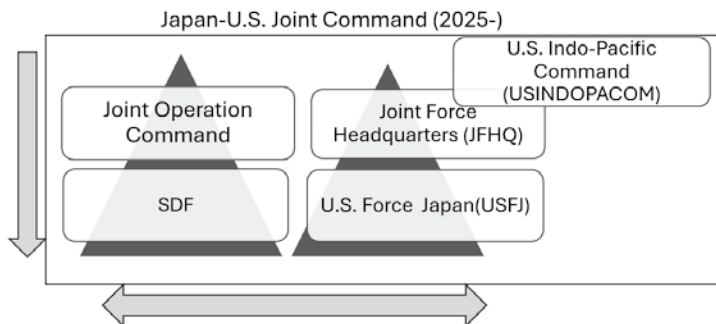


Fig. 02 Japan-U.S. Joint Command (2025-)

On the agreement between the representatives of the military and diplomatic branches of the two governments, Japan and the U.S. are integrating the military chains of command.

4. Completion of the Security Treaty Regime?

As we have seen, there are contradictions between the Article 9 of the Constitution and the Security Treaty regime. To resolve this, the Japanese government aims to change the interpretation of the Constitution and further to amend the Article 9. It shall bring about a significant deviation from the pacifism.

4. 1 The Limited Right of Collective Self-Defense

The Japanese government changed its previous interpretation of the article 9 (Jul. 2014).

It stated that Japan can use force in the form of collective self-defense when an attack on the U.S. occurs and poses a danger to Japan's existence. Based on this new unconvincing interpretation, Japan enacted the Existential Crisis Situations Law (事態対処法), which justifies the exercise of the right of the collective self-defense (2015).

In addition, the Third Security Treaty Guidelines (第3次日米ガイドライン) were signed by the two governments, which militarizes the SDF into a more powerful force capable of war with the U.S. (2015)

4. 2 Counterattack Capability i.e. Attack on Enemy Base

The revised Japan National Security Strategy states, "In the event of a missile attack by an adversary, the missile defense network must prevent incoming missiles while preventing further armed attack by the adversary, In other words, we need to possess a counterattack capability.". Without sufficient reasons, JNSS concludes that possessing a counterattack capability does not violate the Article 9 (2023). A counterattack capability is the same concept as an enemy base attack capability, which the government had previously explained it could not possess. 【Fig.03】

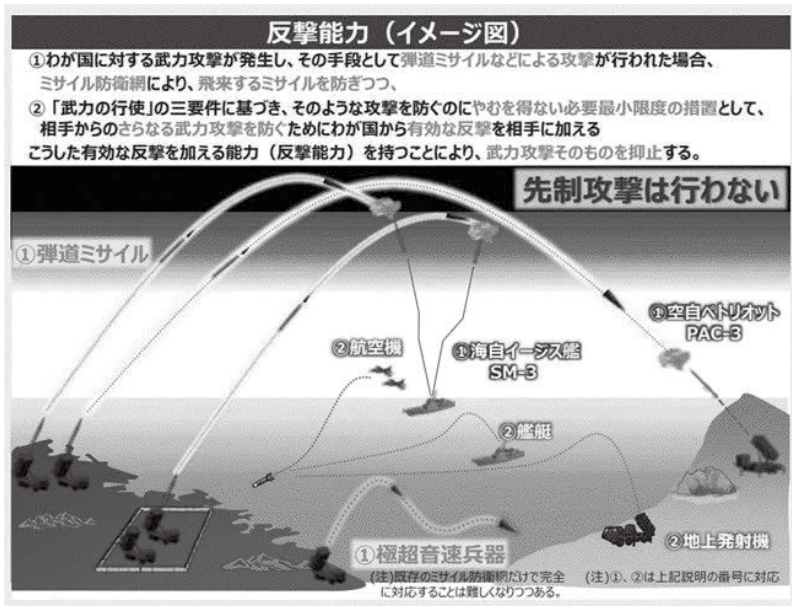


Fig.03 Military means to attack enemy base

A missile defense network will prevent incoming missiles (SM-3, PAC-3). To prevent further attacks, Japan will launch an effective counterattack (standoff missiles) consisting of attacks from aircraft, naval vessels, and ground. 2024 Japan of Defense (『防衛白書 令和6年版』)p. 214

But, if SDF were to attack the bases, it would cause a serious collateral damage to the foreign populations. Conversely, the right to live in peace of the Japanese people, which is described in the preamble of the Constitution as “all peoples have the right to live in peace, free from fear and want.”, would be damaged when the other countries launch a counterattack.

4. 3 Militarization of National Budget

The Japanese government purchases large numbers of long-range missiles from the U.S. for use in enemy base attack. In addition, Japan itself begins developing such offensive missiles. 【Fig. 04】

Plan of Purchase and Development of the Standoff Missiles (2024) ⁴⁾		
■ Import ⁴⁾		
JASSM air-to-surface long-range cruise missile	/	Deployment in 2027 ⁴⁾
Tomahawk cruise missile Block IV and V	/	Deployment in 2025 ⁴⁾
■ Domestic production ⁴⁾		
Improved Type12 surface-to -ship guided missile (SSM)	/	Deployment in 2025 ⁴⁾
Modified SSM launched from naval vessels or aircraft	/	Development in progress ⁴⁾
Supersonic glide bomb to defend remote islands	/	Development in progress ⁴⁾

Fig. 04 Plan of Purchase and Development of the Missiles (2024)

Since 1976, it has been our national principle that military spending should not exceed 1% of GNP. However, to strengthen the military capabilities, the JNSS raised the cap on military spending to 2% of GDP. This figure is the same burden that the U.S. requires of NATO members. Japan is expanding its military on a massive scale. 【Fig. 05】

The Self-Defense Force’s Ability to Attack the Enemy Base (NAGAYAMA)

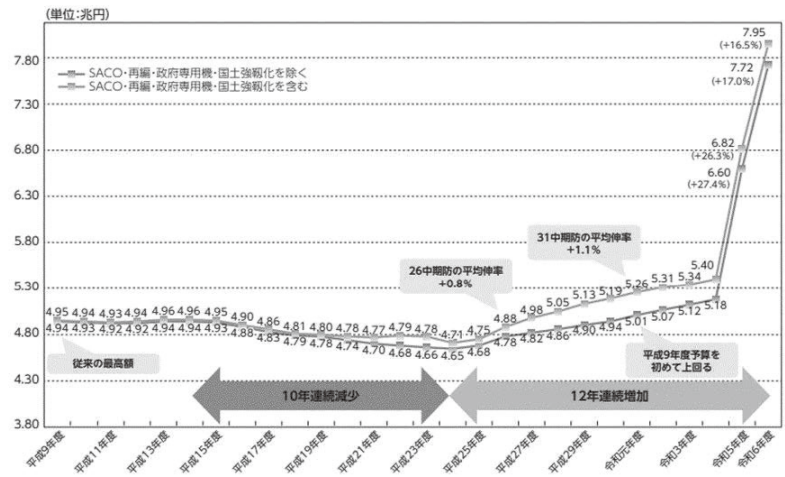


Fig.05 Military Expenditures (1997-2024)

The JNSS (2022) raised the cap on military spending from 1% of GDP to 2% of GDP. As a result, military spending has increased sharply from 5.4 trillion yen in FY 2022 to 6.82 trillion yen in FY 2023 and 7.95 trillion yen in FY 2024. 2024 Japan of Defense (『防衛白書 令和6年版』)p. 229.

4. 4 Constitutional Amendment

To resolve fundamentally the contradictions between the Security Treaty and the Constitution, the Liberal Democratic Party (LDP, 自由民主党) tries to amend the Constitution to enshrine the right of self-defense and the possession of the SDF. But Such a revision would remove the constitutional restrictions on ability to attack enemy base; SDF that joins with the U.S. in waging war without legal limitation would be born.

The LDP tries eagerly to make this amendment, while the public opinion is not necessarily in favor of such an amendment.

5. Conclusion: Abrogation of the Security Treaty Regime

To realize peace in Asia and to free us from the armaments race, the imperialistic regime of the Security Treaty must be abolished. 【Fig.06】

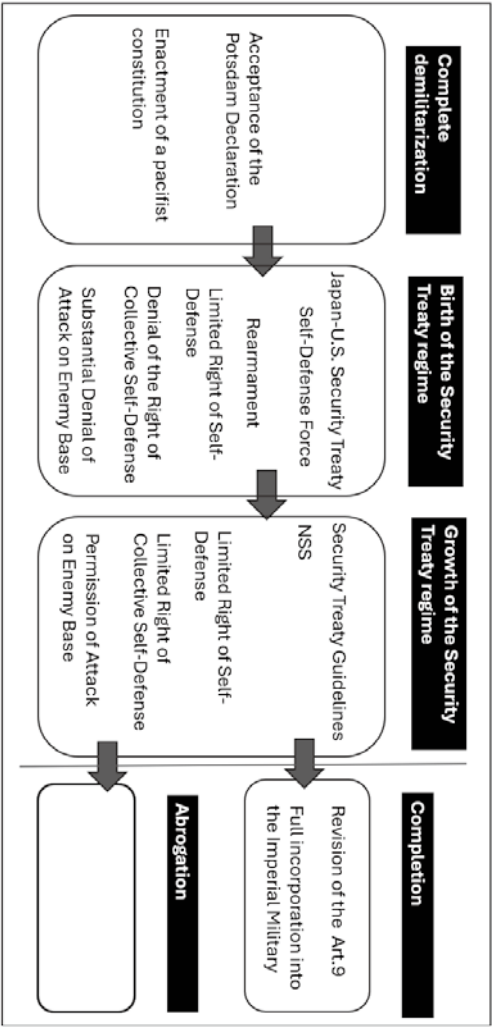


Fig.06 A Brief History of the Militarization Post WWII

Here, let me point out four strategies necessary for this.

A, Japan should never attack foreign military bases or possess the standoff weapons such as long-range missiles and military aircrafts and carriers. Japanese military expansion would destabilize the international environment in East Asia.

B, Japan and the U.S. should convert the Security Treaty into a non-military Peace and Friendship Treaty. Of course, to achieve such treaty reform, diplomatic efforts to improve relations with other countries like PRC and DPRK are essential.

C, We reject the nuclearization of the Security Treaty regime, including the possession of nuclear weapons by the U.S. forces in Japan and the sharing of nuclear weapons between Japan and the U.S. Two governments also should ratify the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons.

D, We absolutely reject militaristic revision of the Article 9, because such a revision should further militarize Japan and the Security Treaty regime.

I believe that these strategies will liberate Japanese and Asians from militaristic imperialism. To implement them, however, we need not only the peace-oriented domestic effort in Japan, but also the transnational anti-imperialism movement in Asia as a whole. Article 12 of the Constitution stipulates that freedoms and rights, including the right to live in peace, should be maintained through the constant efforts of the people.

Thank you for listening.

【論説】

保険契約と適合性原則に関する序論的検討

小林 史治

【目次】

1. はじめに
2. 証券取引における適合性原則
 - 2.1. 適合性原則の概要
 - 2.2. 最判平成 17 年の概要
 - 2.3. 問題の所在
3. 保険契約をめぐる適合性原則が問題となった裁判例
 - 3.1. 序説
 - 3.2. 裁判例
 - 3.3. 分析
4. 検討
 - 4.1. 序説
 - 4.2. 特定保険契約における適合性原則というルール 성격
 - 4.3. 特定保険契約に対する適合性原則の適用
5. むすびに代えて

概要

保険業法 300 条の 2 が規定する特定保険契約には、同法の規定のみならず、同条が準用する金融商品取引法の規律が及ぶこととなる。その結果、保険会社や保険募集人が特定保険契約を取り扱う場合、金融商品取引法上のルールである「適合性原則」を遵守する必要がある。

しかし、特定保険契約の販売・勧誘などにつき適合性原則が問題となった裁判例において、保険会社などに適合性原則違反による損害賠償責任が認められた事例は限られており、また、保険に関して適合性原則を検討する必要性は小さいとする学説上の指摘もある。

本稿では、この様な裁判例などにおける消極性も含め、特定保険契約における適合性原則をどのように考えるべきか、裁判例や学説に対する考察を通じて検討するものとする。

1. はじめに

金融商品の販売・勧誘などに関するルールの1つとして、適合性原則¹があるが、これは、主として証券取引の分野において発展してきた投資者保護の規範である²。

しかし、適合性原則は、金融商品を取り扱う「業者」を規制する「業法」という側面があり、その規制対象となる「業者」は、金融商品取引法（以下「金商法」という）が対象とする金融商品取引業者（主に証券会社）等はもちろん

¹ 適合性原則の一般的な考え方については、証券取引における適合性原則を中心として、山下友信＝神田秀樹編『金融商品取引法概説〔第2版〕』（有斐閣，2017）404頁以下，黒沼悦郎「証券会社の適合性原則違反と不法行為」ジュリ1313号119頁（2006），中田裕康「特定預金等契約における銀行の行為規制」全国銀行協会金融法務研究会『銀行取引をめぐる消費者保護の現代的展開』金融法務研究会報告書15号9頁（2008），伊藤靖史「適合性原則と勧誘」同志社法学61巻2号287頁（2009），川地宏行「投資取引における適合性原則と損害賠償責任（1）」法律論叢83巻4・5号31頁（2011），前田重行「金融機関の投資勧誘における適合性原則および説明義務について」全国銀行協会金融法務研究会『金融商品の販売における金融機関の説明義務等』金融法務研究会報告書24号28頁（2014），倉重八千代「インターネット取引における適合性原則・説明義務と私法上の責任（高齢者の金融商品取引を中心に）」明治学院大学法律科学研究所年報30号143頁，158頁（2014），川口恭弘「適合性の原則」金融商品取引法研究会研究記録54号1頁（2016）参照。また，保険契約における適合性原則に関しては，潮見佳男「投資取引と民法理論（二）—証券投資を中心として—」民商118巻1号1頁，11頁以下（1998），山下友信『保険法（上）』（有斐閣，2018）273頁以下，石田満『保険業法 2019』（文真堂，2019）673頁以下，尾形祥「一時払い外貨建て年金契約の勧誘と適合性原則」保険事例研究会レポート351号1頁，5頁（2022），仲卓真「一時払い外貨建て年金契約の勧誘と適合性原則」保険事例研究会レポート354号13頁，17頁（2022），吉田和央『保険業法〔第2版〕』（きんざい，2023）830頁以下参照。

² 川口・前掲（注1）3頁～4頁，高橋陽一「適合性原則に関する序論的考察」齊藤真紀ほか編『川瀆昇先生・前田雅弘先生・洲崎博史先生・北村雅史先生還暦記念 企業と法をめぐる現代的課題』（商事法務，2021）491頁のほか，後掲（注12）の各論稿も参照。

のこと、それに限られず、取り扱う金融商品によっては、銀行や保険会社なども含まれることとなる。保険契約に関していえば、保険業法 300 条の 2 が、適合性原則に関する金商法 40 条 1 号を準用しているため³、保険会社及び保険募集人は、投資リスク⁴がある特定保険契約の販売・勧誘を行う場合、適合性原則の遵守が求められることとなる⁵。

ところで、保険業法 300 条の 2 は、適合性原則に関する金商法 40 条 1 号以外にも、金融商品取引業者等の行為規制となる金商法の規定を特定保険契約に準用しており⁶、そこには顧客に対する情報提供に関する規制などの規定も含まれる⁷。そのため、保険業法 300 条の 2 が準用する金商法の金融商品取引業者等に関する諸規制⁸は、特定保険契約を取り扱う保険会社などにおいても、重要なルールとなるはずである。

ところが、本稿で取り上げる特定保険契約に関する適合性原則について、同原則違反に基づく損害賠償が認められた裁判例は数が限られている⁹。さらに、

³ 変額保険・年金や外貨建て保険・年金など、有価証券や通貨等の相場変動により保険契約者が投資損失を被るリスクを負う保険契約については、金融商品取引法自体で規制するのではなく、保険業法において、特定保険契約として定義し（保険業法300条の2、保険業法施行規則234条の2）、金融商品取引法の規制を準用して、金融商品取引業者の行為規制に関する規定を準用して規制することとしている（山下・前掲（注1）250頁～251頁）。

⁴ 本稿では、特定保険契約が有するリスクについて、山下・前掲（注1）36頁、250頁～251頁と同様に「投資リスク」としている。この点、生命保険協会「市場リスクを有する生命保険の募集等に関するガイドライン」（令和6年4月3日）などでは、特定保険契約が有するリスクを「市場リスク」としているが、「市場リスク」の定義如何によっては、その範囲が限定的となるおそれがあるため（同ガイドラインでは、信用リスクが市場リスクと並列的に記載されている）、前述のとおり本稿では「投資リスク」とした。

⁵ 山下・前掲（注1）37頁、尾形祥「生命保険募集における説明義務—特定保険契約を中心として—」生命保険論集213号193頁、212頁（2020）、吉田和央「外貨建て保険に係る適合性の考察—東京地裁令和2年11月6日判決を題材に—」金法2171号4頁（2021）、尾崎悠一「一時払い外貨建て年金保険契約の勧誘と適合性原則」金商1661号122頁、124頁（2023）。また、保険会社向けの総合的な監督指針Ⅱ-4-4-1-3参照。

⁶ 山下・前掲（注1）37頁、尾形・前掲（注1）5頁、仲・前掲（注1）17頁。

⁷ 山下・前掲（注1）251頁。

⁸ 石田・前掲（注1）664頁、675頁、727頁～732頁参照。

⁹ 特定保険契約につき適合性原則が問題となった裁判例につき、入手可能なものでは、後述するとおり、否定する裁判例が多数を占める。否定された裁判例に関しては、山下・前掲（注1）274頁注150）とその本文、石田・前掲（注1）675頁、尾形・前掲（注5）214

学説上も、保険に関して、狭義の適合性原則を検討する必要性は小さいとする指摘もあり¹⁰、その理由として、狭義の適合性原則違反が認められるのは、リスクが極めて高い金融商品であり、特定保険契約が該当することはあまり想定できないことが挙げられている¹¹。しかし、保険業法 300 条の 2 が他の金商法の規定とあわせて、適合性原則を規定する同法 40 条 1 号を準用していることにかんがみれば、保険業法における適合性原則の準用に、何らかの意義を見出すことも必要なことと思われる。

そこで本稿では、主として証券取引において発展してきた適合性原則が、保険契約においてどのような意味を持つべきであるのか、裁判例や学説に言及しながら検討を加えるものとする。以下では、適合性原則の概要や最高裁判例についてごく簡単に触れた後、保険契約における適合性原則にどのような問題点があるのか、問題の所在を明らかにした上（2）、保険契約で適合性原則が問題とされた裁判例を取り上げ（3）、保険契約における適合性原則（4）について論じることとしたい。

なお、保険業法 300 条の 2 が準用する金商法 40 条 1 号は、後述する狭義の適合性原則に関する規定と考えられるため、以下では、特に断らない限り「適合性原則」は狭義の適合性原則を意味するものとする。

2. 証券取引における適合性原則

2.1. 適合性原則の概要

もともとの適合性原則は、米国法などにおいて発展してきた証券取引に関するルールであり¹²、我が国においても、証券取引分野における規範として取り入れられた。我が国における適合性原則の沿革としては、大蔵省証券局長通達

頁以下参照。肯定された事例については、尾形・前掲（注1）5頁以下、仲・前掲（注1）17頁以下、尾崎・前掲（注5）122頁以下参照。

¹⁰ 山下・前掲（注1）279頁。

¹¹ 山下・前掲（注1）279頁。また、尾形・前掲（注1）5頁～6頁も参照。なお、保険業法 300条の2が規定される前の考え方につき、潮見・前掲（注1）11頁～12頁参照。一部の学説においては、保険仲立人の誠実義務を定める同法299条から、変額保険に適合性原則が類推できると解されていたようである。また、変額保険に関する説明義務についての議論は、同・前掲（注1）16頁参照。

¹² 適合性原則の沿革などについては、前田・前掲（注1）28頁注（6）、川口・前掲（注1）3～4頁等のほか、拙稿「近時の下級審裁判例におけるインターネット取引と適合性原則」東海法学65号53頁、56頁（2023）以下も参照。

「投資者本位の営業姿勢の徹底について」(昭和 49 年 12 月 2 日蔵証 2211 号)から始まり、平成 4 年改正の旧証券取引法(以下「旧証取法」という)において規定されることにより制定法となった。そして、この旧証取法における適合性原則の規定は、内容に若干の変更を伴いながらも、現在の金商法 40 条 1 号に受け継がれ、同号では、顧客の「知識」、「経験」、「財産の状況」及び「金融商品取引契約を締結する目的」に照らして不相当と認められる勧誘を行わないよう求めている。

このように、我が国における適合性原則は、業者(金融商品取引業者等)の規範である業法(金商法)という一面を有しており、そして、金商法が別の業法によって準用される結果、金融商品取引業者等以外の業者もその規制に服することとなる。保険に関しては、前述のとおり、保険業法 300 条の 2 による金商法 40 条 1 号の準用によって、保険会社などに適合性原則が適用されることとなる。

ところで、適合性原則といった場合、大きく分けて 2 つの意味があるとするのが一般的である。すなわち、適合性原則には「狭義の適合性原則」と「広義の適合性原則」との 2 つがあり、このことは旧証取法を金商法に改正する際の議論においても意識されていた¹³。

狭義の適合性原則とは、「ある特定の利用者に対してはどんなに説明を尽くしても一定の商品の販売・勧誘を行ってはならない」¹⁴とする考え方で、金融商品取引業者等の禁止規範であり¹⁵、この狭義の意味での適合性原則は金商法 40 条 1 号により規定されていると解されている¹⁶。一方で、広義の適合性原則とは、「業者が利用者の知識・経験、財産力、投資目的に適合した形で勧誘(あるいは販売)を行わなければならないというルール」¹⁷と考えられており、業者側の説明義務などと関連付けて考えられている¹⁸。

¹³ なお、あわせて、「業者に対して一定の行為を義務付けるルール」(業者ルール)と、「金融取引の当事者間の私法上の権利義務関係の明確化に関するルール」(取引ルール)などに関する議論もなされている(金融審議会第一部会「中間整理(第一次)」(平成 11 年 7 月 6 日) 17 頁～18 頁参照)。

¹⁴ 金融審議会第一部会・前掲(注13)「中間整理(第一次)」17頁。

¹⁵ 潮見佳男『不法行為法 I 〔第2版〕』(信山社, 2009) 168頁参照。

¹⁶ 伊藤・前掲(注1) 288頁, 前田・前掲(注1) 30頁。

¹⁷ 金融審議会第一部会・前掲(注13)「中間整理(第一次)」18頁。

¹⁸ 山下=神田・前掲(注1) 404頁, 伊藤・前掲(注1) 288頁。また、前田・前掲(注1) 30頁, 王冷然「高齢者の投資取引における適合性原則の意義と役割—最高裁平成17年7月14日判決以降の下級審裁判例の分析を中心に」徳島大学社会科学研究所29号1頁, 5頁(2015) 参照。

適合性原則につき、このように狭義と広義とに分類する考え方については、証券取引の分野において一般的であるところ、保険業法が対象とする特定保険契約との関係においても、概ね受け入れられているものと考えられる¹⁹。

以上が適合性原則の基本的な考え方であるが、証券取引の分野において、時代や論者によって異なる概念が説かれており、実際に、多様な見解が主張されているとされる²⁰。そのため、現在においても必ずしも見解が一致しているとはいえず、異なる理解が学説によって唱えられているため²¹、保険分野における適合性原則を考えるに当たっても、多様な見解があることに留意する必要がある。

また、狭義の適合性原則の趣旨をどのように考えるかという点についても、学説上見解が分かれている。この点、多数説は、国家がパターンリスティックに介入して、市場での取引耐性（適合性）を欠くものを、当該市場から排除するための理論として理解しているところ²²、適合性原則の趣旨や性格は、次に見る最高裁判例を検討する上でも、また、保険契約における適合性原則を考える上でも重要になってくると思われる。

民事責任との関係については、適合性原則が公法上の業務規制であるという位置付けであることから²³、適合性原則違反があったからといって、直ちに民事責任が生じるとまではいえないところ、適合性原則と民事責任について判断を示したのが最判平成 17 年 7 月 14 日民集 59 卷 6 号 1323 頁（以下「最判平成 17 年」という）となる²⁴。

以下では、ここまで触れてきた適合性原則の議論を踏まえながら、最判平成 17 年が示した適合性原則に関する考え方について確認する。

¹⁹ 保険商品の販売勧誘のあり方に関する検討チーム「中間論点整理～適合性原則を踏まえた保険商品の販売・勧誘のあり方～」（平成18年3月1日公表）1頁、山下・前掲（注1）278頁参照。

²⁰ 中田・前掲（注1）10頁、高橋・前掲（注2）490頁。

²¹ 学説の状況については、王・前掲（注18）5頁～6頁参照。また、倉重・前掲（注1）163頁以下参照。

²² 潮見・前掲（注15）162頁、伊藤・前掲（注1）292頁、前田・前掲（注1）29頁等。

²³ 業者ルール（業者に対して一定の行為を義務付けるルール）という考え方（金融審議会第一部会・前掲（注13）「中間整理（第一次）」17頁）からは、直接民事責任を導くことは難しいと思われる。

²⁴ なお、適合性原則について、近年では民法・消費者法学においても盛んになっているとされる（高橋・前掲（注2）489頁）。

2.2. 最判平成 17 年の概要

(1) 事実の概要

最判平成 17 年は、最高裁として初めて適合性原則違反の民事責任について判断を示したものであり、同最判に関しては既に多くの論稿²⁵が公表されていることから、ここではごく簡単にその内容を確認するにとどめるものとする。

事案は、株式会社である X が、証券会社の担当者の行為につき、オプション取引に係る適合性原則違反のほか、顧客にできる限り損失を被らせないようにすべき義務の違反や説明義務違反等があったと主張し、不法行為による損害賠償を求めたというものである。

原審（東京高判平成 15 年 4 月 22 日判時 1828 号 19 頁）は、オプションの売り取引につき、無限大またはそれに近い大きな損失を被るリスクを負担するものであるから、そのようなリスクを限定し、または回避するための知識、経験、能力を有しない顧客にこれを勧めて行わせることは、特段の事情のない限り、適合性の原則に違反する違法な行為になるとした。その上で、原審は、X において取引を決定していた者ら（以下「X 担当者ら」という）には、かかるリスクを限定し、または回避するための知識、経験、能力を有していたとは到底認めることができないなどとして、X の請求の一部を認容した。

(2) 判旨

原審に対して、最判平成 17 年は、次のとおり判示し、適合性原則に基づく不法行為責任に関する判断を示して破棄差戻しとした。

(a) 適合性原則に関する法令等は「直接には、公法上の業務規制、行政指導又は自主規制機関の定める自主規制という位置付けのものではあるが、証券会社の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となると解するのが相当である」（以下「最判判旨①」という）。

(b) 適合性原則の判断について、「顧客の適合性を判断するに当たっては、単にオプションの売り取引という取引類型における一般的抽象的なリスクのみを考慮するのではなく、当該オプションの基礎商品が何か、当該オプションは上場商品とされているかどうかなどの具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等の諸

²⁵ 宮坂昌利「判批」『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）』（法曹会，2008）361頁，同「判批」ジュリ 1311号186頁（2006），黒沼悦郎「判批」ジュリ1310号163頁（2006），前掲（注1）の証券取引に関する各論稿等のほか，拙稿・前掲（注12）58頁以下参照。

要素を総合的に考慮する必要があるというべきである」（以下「最判判旨②」という）。

(c) X 担当者らの経験、知識のほか、取引の経緯などの事情を総合考慮した結果、「X が、およそオプションの売り取引を自己責任で行う適性を欠き、取引市場から排除されるべき者であったとはいえない」（以下「最判判旨③」という）。

2.3. 問題の所在

(1) 保険契約と最判平成 17 年

特定保険契約の販売・勧誘と適合性原則の関係を考える場合、まず、オプション取引（証券取引）に関して問題となった最判平成 17 年の射程が特定保険契約に及ぶかが問題となる。この点、学説上は、特定保険契約に同最判の射程が及ぶものと解しており²⁶、裁判例においても、多くは同最判を踏まえているようであることから、適合性原則が問題となった裁判例に触れる中で、この点につき確認することとする。

そして、もし最判平成 17 年の射程が及ぶとするのであれば、(a)特定保険契約の販売・勧誘について、適合性原則違反の有無を検討する際には、具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の「投資経験」、「知識」、「投資意向」、「財産状態」等を総合的に考慮する必要があることになるであろう（最判判旨②参照）²⁷。また、(b)最判平成 17 年は、顧客が「およそオプションの売り取引を自己責任で行う適性を欠き、取引市場から排除されるべき者であった」（最判判旨③）か否かを問題としているもので、適合性原則が、国家がパターンナリストティックに介入し、取引耐性のない顧客を市場から排除するルールであるという、前述の多数説の考え方を示唆していることにも留意する必要がある。

(2) 保険契約における適合性原則

ところで、特定保険契約における適合性原則については、既に触れたとおり、その違反に基づく損害賠償が認められた裁判例は限られており、学説も消極的であるところ、その大きな理由としては、特定保険契約のリスクが限定的であ

²⁶ 仲・前掲（注1）17頁、吉田・前掲（注5）4頁～5頁、尾崎・前掲（注5）124頁。また、尾形・前掲（注1）6頁参照。

²⁷ なお、平成18年改正金商法40条1号は、適合性原則につき考慮すべき顧客側の要素として、顧客の「知識」、「経験」、「財産の状況」及び「金融商品取引契約を締結する目的」を掲げているが、同号と最判平成17年は、掲げる順番や文言などに違いはあるものの、両者の意味内容に大きな違いはないと思われる。

ることが考えられる²⁸。

そのため、本稿では、まず、(a)特定保険契約についてなぜ裁判例や学説が適合性原則違反に消極的なのか、その理由について明らかにする。リスクが限定的であること以外にも理由があるのか、裁判例や学説について考察することとしたい。また、(b)特定保険契約については、証券取引とは違った側面があると考えられるので、特定保険契約における適合性原則を考える上で留意すべき事項などがないか、あわせて検討するものとする。

以下では、特定保険契約について適合性原則が問題となった裁判例について、まず消極的な事例を中心に検討した後、積極的な事例も含めて保険契約と適合性原則の関係性について論じることとする。

3. 保険契約をめぐる適合性原則が問題となった裁判例

3.1. 序説

以下では、平成 18 年改正により保険業法 300 条の 2 が制定された後、適合性原則が問題となった特定保険契約の裁判例について検討する。裁判例につき、事例内容の紹介は必要最小限にとどめ、判旨について、商品特性と、顧客属性（「知識」、「経験」、「財産の状況」及び「契約を締結する目的」）を中心に触れていくこととしたい。

なお、以下に取り上げる裁判例は、適合性原則違反に消極的な事例（以下「消極事例」という）が 8 つと、積極的な事例が 1 つとなる。

3.2. 裁判例

(1) 消極に解した裁判例

(a) 東京地判平成 23 年 8 月 10 日金法 1950 号 115 頁（消極事例①）

問題となった商品は保証金額付特別勘定年金特約（終身型）付変額個人年金保険であり、錯誤無効などに加えて、適合性原則違反が問われた事例である。

裁判所は、適合性原則違反に関し、「本件保険は、一時払保険料の元本保証をした商品ではないが、一時払保険料に基づく積立金を原資として終身年金を受け取れば、受取金額が一時払保険料を下回ることとはなく、死亡保障にも最低保障があり、一時払保険料の運用実績が良ければ年金原資が一時払保険料を上回る可能性があるなど終身年金を考えている者にとっては、中途解約による損失や長期の年金支払期間になることによる保険会社の破綻等のリスクはあるものの、初期費用、保険契約管理費の負担があるとはいえ、運用成績が良くなれば

²⁸ 山下・前掲（注1）279頁参照。

利益を得ることができる可能性もある商品である。…本件保険契約締結時に、退職金が支給されたことで、原告は、退職金をどのように運用するかを検討する状況にあり、住宅ローンを退職金で完済した後、残金の約 2900 万円を現金、定期預金等に 1050 万円振り分けていることからしても、…本件保険契約の締結が適合性原則に違反するということができない」とした。

(b) 福岡地判平成 23 年 11 月 8 日金法 1951 号 137 頁（消極事例②）

変額年金保険（同保険のほか、仕組債、投資信託及び外貨預金）が問題となった商品であり、変額年金保険については、保険料 3000 万円の一時払いで、運用期間を 10 年間とするが、契約日より 3 年経過後に目標値に到達した場合、災害死亡保障型据置期間付確定年金に移行し、特別勘定での運用は終了するものとしていた。そして、この変額年金保険については、適合性原則などが問題とされた。

裁判所は、変額年金保険の適合性原則につき、「金取法40条1号は、金融商品取引業者は、金融商品取引行為について、顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして投資者の保護に欠けることとなっていたり、又は欠けることとなるおそれのある行為を禁止している（適合性の原則）。そして、金融機関の担当者が顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した金融取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は違法となり、金融機関は顧客に対し損害賠償責任を負うこととなるものと解するのが相当である」とし、最判平成17年を踏まえた枠組みを採用していると考えられる。

その上で、「…本件変額年金保険の基本的仕組みは、それほど難解なものとはいえない。また、原告が金融商品について一般社会人と同程度またはそれ以上の理解力を有していたと認められることは前記〔原告の属性（投資知識、投資経験、財産状況）及び投資意向について〕のとおりであるし、…原告には理解が十分可能であったというべきである」、「…本件変額年金保険は、10年後の老人ホーム入居の資金の確保という原告の意向に沿うものである。また、年金形式であれば15年間に分けて元本額全額を受け取ることができるのであるから、生活資金の確保という原告の意向にも沿うものといえる」とした。

(c) 東京地判平成 24 年 3 月 29 日 2012WLJPCA03298018（消極事例③）

変額個人年金保険（以下「第 4 保険」という）など（訴訟の対象となった 4 つの保険のうち、適合性原則が問題となるのは当該第 4 保険のみであり、原告 2 名のうち、当該保険契約を締結したのは原告 X1 のみである）について、適合性原則違反などが問題となり、適合性原則違反に基づく損害賠償請求は認められなかった（ただし、一部保険契約につき、説明義務違反が認められた）。

裁判所は、適合性原則に関し、「保険業法 300 条の 2 は、保険契約のうち、

相場等の変動により損失が生じるおそれがある特定保険契約の締結について、顧客の知識、経験及び財産の状況及び契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資家の保護に欠けることとならないように業務を行わなければならない旨の適合性の原則を定める金融商品取引法 40 条の規定を準用しているところ、これは公法上の業務規制という位置づけのものであるが、その規定の趣旨等にかんがみ、保険会社の担当者が、上記のような損失発生リスクのある投資性の保険商品について、顧客の意向と実情に反し、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した取引の勧誘をしてこれを行わせるときは、不法行為法上も違法となると解するのが相当である（最高裁平成 17 年 7 月 14 日第一小法廷判決・民集 59 卷 6 号 1323 頁参照）」として、最判平成 17 年を参照した。

その上で、「5 年以上の積立期間経過後は、年金又は死亡保険金として受給する場合の受取総額保証金として、基本保険金額（一時払保険料）の全額が最低保証され、さらに、積立期間中に運用実績に応じて年 1 回受取総額保証金を増額する機会があるという保険（証拠略）であり、比較的风险が限定されている商品ということができ、原告 X1 のように取引経験が豊富とはいえない一般の顧客においても理解できないほど、複雑な仕組みを有するものということもできない」とし、「原告 X1 は、当時、他社保険の契約者貸付金及び解約返戻金のほか、訴外 B の死亡保険金として合計約 1 億 2000 万円の支払を受けていたのであり、第 4 保険の一時払保険料 5000 万円を負担できるだけの資金を有していたものであって、このうちもっぱら訴外 B の死亡保険金 5371 万 8800 円を原資として現にその支払をしていることからすると、原告 X1 の財産状況に照らし、第 4 保険への加入が著しく過大なものであったということとはできない」としたほか、第 4 保険の勧誘が原告 X1 の意向や実情に反するものであったということとはできないとした。

(d) 東京地判平成 24 年 11 月 21 日 2012WLJPCA11218011（消極事例④）

変額保険契約につき、錯誤無効などに加えて、適合性原則違反が問われた事例である。

裁判所は、適合性原則につき、まず「金融商品取引業者は、顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘をしてはならず、顧客の属性に最も適した取引を勧誘しなければならず（適合性原則）、適合性原則から著しく逸脱した勧誘行為は民事上も違法となると解される」としており、最判平成 17 年を踏まえた判断を行うこととしている。

その上で、「原告は、本件保険契約締結当時、無職で年金収入が 100 万円から 150 万円であり、これまで投資の経験がなかったものの、原告は、3000 万

円から 5000 万円の金融資産を有しており、本件保険契約の保険料 500 万円は余裕資産から出資をしたことが認められる」、「原告は、本件保険契約を締結した当時、本件保険契約の保険料として出資した 500 万円については、特に使い道がなかった」、「原告は、本件保険契約を締結したことによって、死亡した際に、死亡保険金の受取人である長女に、面倒な手続きなしに死亡保険金として 500 万円を取得させることができることになった。そうすると、本件保険商品は、上記の点では、原告の意向に沿う商品であったといえることができる」、「本件保険商品は、死亡保険金について、最低 500 万円を保証するとともに、特別勘定の運用成果に応じて増額となる可能性がある一方で、中途解約をした場合については、解約返戻金を受け取ることができるものの、特別勘定の運用実績によって金額が変動し、解約返戻金が元本割れるリスクがあるという特徴を有しているので、中途解約をすることを予定していない顧客にとっては、本件保険商品は比較的风险の小さい商品であるといえることができる。これを本件について見ると、原告は、既に説示したところから明らかなように、中途解約をすることを予定していなかったのであるから、本件保険商品は、原告にとって、比較的风险の小さい商品であったというべきである」として、適合性原則に反すると認めることはできないとした。

(e) 東京地判平成 25 年 6 月 4 日 2013WLJPCA06048007（消極事例⑤）

変額個人年金保険が問題された事例であり、原告の意思無能力や公序良俗違反などのほか、適合性原則違反が問われた。

判決において、適合性原則に関しての言及は少なく、「原告の資産や株式経験（証拠略）に照らすと適合性違反があるものとは認められ」ないとするのみであるが、これは、当該事例における最大の争点だが、後見開始決定を受けた原告が意思無能力であったか否かであったことによるものと思われる。

商品特性については、据置期間中は死亡保険金として、年金受取期間中は既払年金累計額と死亡一次金額の合算（受取総額）として、一時払い保険料の 100%が保証されていることに加えて、①基本年金額を受取りが保証されていること、②一生涯に亘り年金を受け取れること、③被保険者が死亡した場合の受取総額が最低保証されていること、④基準日の運用成果に応じて、年金額が加算される可能性があり、さらに、本件契約を途中解約した場合、解約返戻金は特別勘定による運用実績により変動することを考慮すると、本件契約の性質として、払込保険料を大きく下回る危険が高いとは一概には言えないものであるとした。

一方で、財産の状況については、原資となる不動産の売却代金の税金等控除額が約 2 億円（手付金 2345 万 1000 円を含む）であるのに対し、一時払い保険料が 1 億 8500 万円となっている（ただし、原告は当該保険料全額を不当利得

ないし損害額として主張しているようである)。

(f) 東京地判平成 25 年 8 月 28 日判タ 1406 号 316 頁 (消極事例⑥)

変額個人年金保険契約が問題とされたもので、消費者契約法 4 条に基づく取消などのほか、適合性原則違反に基づく不法行為責任が追及されたものである。

裁判所は、適合性原則に関し、「保険業法は、外国保険会社である脱退被告は、顧客の知識、経験、財産の状況及び特定保険契約等を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることとなるおそれがないようにその業務を行わなければならないとする適合性の原則を定めている(保険業法 300 条の 2、金融商品取引法 40 条 1 号)ところ、脱退被告の従業員であった被告が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、上記の適合性原則から著しく逸脱した取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は、不法行為法上も違法となると解するのが相当である。そして、上記の適合性の原則から著しく逸脱していることを理由とする不法行為の成否に関し、顧客の適合性を判断するに当たっては、当該取引の特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、金融商品取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要があるというべきである」として、最判平成 17 年と同じ考えを示した。

その上で、「本件各保険契約における特別勘定は、債券や株式等に投資する投資信託などに投資することにより積立金を運用するもので…、その投資リスクは基本的に投資信託取引に類したものであって、…保険契約者において、投資信託取引などの金融商品に関する一般的知識を有していれば、本件保険のリスクを理解することができるといえる。また、中途解約する場合に解約返戻金額が一時払保険料を下回る可能性があるリスクについても、契約において予め解約控除の方法が定められている…のであるから、通常の判断能力を有している者であれば、そのリスクを容易に理解することができるといえる」、「…原告は、本件各保険契約の締結以前に、為替変動リスクを有し、円貨による払込元本の回収が保証されているものではない積立利率変動型個人年金保険を締結したことがあり…、A 社の代表取締役を務め、金融機関との折衝を業務として担当していた…のであるから、…本件各保険契約におけるリスクを理解するための知識や認識に欠けていたということとはできない」、「原告の投資の意向についてみるに、…原告は、本件貸付けによる損失を回復し、4 年程度で本件各保険契約を解約することを希望していたものであるところ、本件各保険契約は、年金保険であり、将来の年金の受給を主たる目的として設計されたものであることが窺われるが、据置期間中の解約も可能であり、設計書や保険証書において、各特別勘定の運用利回りに応じた解約返戻金額の例表が記載されているこ

とに照らせば、勘定移転により特別勘定による運用利益の拡大を目指すことが予定されておらず、このような意図におよそ適さない商品であったとはいえない」とした。さらに、原告が、年額数千万程度の不動産収入を得ており、その資産も数億円を超えていることを考慮すれば、「本件各保険契約の総額が1億5000万円と個人の投資額としては多額であることを考慮しても、…適合性の原則から著しく逸脱したものであったとまでいうことはできない」とした。

(g) 仙台地判平成25年10月2日金商1430号34頁（消極事例⑦）

投資信託のほか、通貨選択型個人年金保険（被告保険会社を引受保険会社とする通貨選択型個人年金保険であり、日本円、米ドル、豪ドルの中から契約通貨を選択し、積立期間中に契約通貨を予定利率によって運用し、積立期間や、年金受取方法を選択することが可能となっている保険。商品名「モンターニュ」）が問題となった事例である²⁹。

適合性原則違反に関して、保険に関する適合性原則の判断が投資信託に関する判断を前提としているところ、投資信託に関しては、「金融機関の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘する等、適合性の原則（新金融商品取引法40条参照）から著しく逸脱した勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為上も違法となると解するのが相当である」としており、特定保険契約についても最判平成17年の考えが及ぶものと考えているであろう。

その上で、投資信託に関して、原告には、国債及び投資信託の投資経験があること、被告となった銀行の預金だけで約880万円があること、本件ファンド申込当時69歳であり、殊更に判断能力が劣っていたり、書類の判読が困難であったり、説明の理解が困難であることをうかがわせる事情はないこと、購入資金が当面使う予定はなく、分配金が出るもの、といった一定の資産運用の意向を有していたことなどを認定し、保険に関しては、投資信託の「説示の事情に加え、本件保険契約の原資となった資金は、原告がいずれも国債として保有していたものであり、余裕資金であったことが窺われること、原告は、投資信託ではなく、国債や定期預金よりも利息の高いもの、という運用の意向を持っていたと認められること、モンターニュは、被告銀行の投資商品の分類において、『元本の安全性に加え、収益性（値上がり）とのバランスを重視したい』に位置づけられていること…からすれば、本件保険契約締結に係る勧誘が適合性原則に反し違法であるとはいえない」とした。

²⁹ なお、控訴審（仙台高判平成26年3月28日2014WLJPCA03286022）は顧客の控訴を棄却している。

(h) 東京地判令和 2 年 1 月 31 日金法 2155 号 77 頁 (消極事例⑧)

通貨選択一般勘定移行型変額終身保険 (外貨 (米ドル又は豪ドル) 建ての変額終身保険) が問題とされた商品の訴訟であり, 説明義務違反などのほか, 適合性原則違反が争点となった。

裁判所は, 適合性原則違反につき, 「保険の勧誘が適合性の原則から著しく逸脱していることを理由とする不法行為の成否に関し, 顧客の適合性を判断するに当たっては, 当該保険の特性を踏まえて, これとの相関関係において, 顧客の投資に関する経験や知識, 投資意向, 財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要があるというべきである」として, やはり最判平成 17 年と同じ考えに立つことを明らかにしている。

その上で, 「本件保険は, 解約返戻金額が一時払保険料の額を下回る危険性を有し, 為替相場の変動も受けるから…、当該保険契約の締結により損失が生ずるおそれがある商品であるということが出来る。しかしながら, 本件保険においては, 死亡保険金として支払を受ける場合及び移行日以後に解約返戻金として支払を受ける場合には, 米ドル建てで支払った一時払保険料の額が最低でも保証されている…。したがって, 為替相場の変動によるリスクを除くと, 本件保険で元本割れのリスクが現実化するのには, 本件保険を契約締結の 20 年後の移行日到来前に解約した場合のみであって, 移行日到来前に解約すると元本割れのリスクがあるという契約内容は, 投資に関する知識が豊富でない者でも容易に理解できるというべきであるし, 必ずしも元本割れのリスクそれ自体が大きいものであるともいえない。また, 為替相場に変動のリスクがあることは, 一般的に広く知られている。加えて, 本件保険はターゲット機能を有しており…、上記各リスクを一定程度減殺している」, 「…原告は, 本件保険契約の締結時において投資等の経験を有していなかったものの, B 社の代表取締役としてその事業についての経営判断等も常日頃からしており, 米国及び欧州の為替についての知識も有していたこと, 値上がり益を追求し, 比較的積極的な運用をする意向を有していたこと及び少なくとも 3400 万円程度の金融資産を有していたことがそれぞれ認められる」とし, 本件で問題となった保険の勧誘が適合性の原則から著しく逸脱したものであったということとはできないとした。

(2) 積極に解した裁判例

(i) 東京地判令和 2 年 11 月 6 日 2020WLJPCA11068013 (以下「東京地判令和 2 年」という)

適合性原則違反に基づく損害賠償責任が認められた事例で, 対象となった商品は外貨建定額個人年金保険契約であり, 適合性原則違反のほか, 説明義務違反が問題とされた。

裁判所は, 適合性原則違反に基づく責任について認め, 「本件外貨建て保険

は、米国ドル建てで定められた年金額を、各換算日における為替レートで円換算し円貨で支払うものであるから、為替レートの変動により、受取額が支払った保険料を下回るリスクがある商品であり、基本的に、今後為替レートが円安基調で推移すること（少なくとも、現状と大きく変わらない為替レートが維持されること）を想定する者が購入すべきものといえる。しかも、一時払保険料を入金した後は、途中で一括支払を選択しない限り、少なくとも 21 年間という極めて長期間にわたって年金が支払われることから、その間はずっと為替変動のリスクにさらされることとなり、さらに、一括支払を選択した場合には、解約控除率（10 年経過前まで）や市場価格調整率などの不利益を受けることになる。日本円と米国ドルとの為替相場が日々変動すること自体は広く知られた事柄だとしても、上記のとおり長期間の運用が予定されていることとの関係において、長期間の為替変動の見通しを持ち、為替変動のリスクを的確に把握することが難しいものであることは否めないところであり、実際に僅か 5 年間の米国ドル対日本円の為替相場をみるだけでも 1 米国ドル 90 円台から 120 円台まで大きく変動しているところである」、「原告は、30 歳頃に D と結婚した後、約 50 年にわたって専業主婦をしていたもので、証券取引及び為替取引の経験は一切なく、したがってそれらの取引についての知識もほとんどないものといえる。なお、原告は、賃貸用アパートを所有し賃料収入を得ているものの、この不動産自体は、元来、相続により取得したもので、建替えなどについても D が主導しており、原告が主体的に賃貸経営を行っているものとはいえない上、外貨建て保険の為替変動リスクなどとは全く異なる経験であるから、このことをもって本件外貨建て保険の理解に資するような投資経験があるとはいえない」、「本件勧誘当時の原告の自らの財産に関する意向は、主として、自らが死んだときにはその財産を D や〔娘である〕F よりも長男の E により多く渡したいと思うものの、そのために〔解約された生存給付保険契約である〕本件保険契約 1 のように原告は保険料を払い込むだけで原告自身が多額の給付を受けることは予定されていないような方策をとるのではなく、E に財産を渡すという目的もかねつつ、原告自身も生前に継続的に年金を受けることができるようにして財産を自分のためにも使いたいという点にあったといえる。これに対して、原告が、本件外貨建て保険による 110%の支払保証や、21 年経過後も原告が生存している場合に年金支払が続くことに興味を示したといった事情はうかがわれないから、少なくとも、為替変動のリスクがあっても資産を増やすることができる商品に投資したいとか 21 年以上の長期間の年金支払を受けたいといった意向を有していたとは考え難く、まして、積極的に為替変動のリスクをとって為替差益による利益の獲得を志向していたとは認められない」、「原告は、本件勧誘当時、自宅マンション、賃貸用アパートという不動産を保有し

ていた一方、預金としては、本件保険契約 2 の保険料 2000 万円の払込後及び本件保険契約 3 の保険料 4100 万円の払込後の預金残高は、いずれも少なくとも 500 万円程度であったこと、原告の所得金額は概ね 400 万円台であり、D の所得金額は概ね 300 万円程度であったことが認められる。このうち、本件保険契約 2 の保険料の払込みの原資は主に原告の姉から相続した財産であって余裕資産であったとみる余地があるが、本件保険契約 3 の保険料の払込みの原資は原告がその時点で保有していた預金の大部分であり、その金額も 4100 万円と決して少なくない金額であったといえることができる上、これらを払い込んだことにより原告の預金額は 500 万円程度となっており、原告の資産全体とのバランスでみると流動性の高い預金がかなり少なくなっているといえる」、 「以上の検討によれば、本件外貨建て保険は、為替レートの変動により受取額が一時払保険料を下回るリスクがあり、当該リスクは年金支払の続く約 20 年もの長期間にわたり存在し続けるものであるから、これに加入する者は、そのような長期の為替相場の変動についてある程度見通しを立てることができることを要するというべきである。しかしながら、原告は、本件勧誘当時 81 歳ないし 82 歳と高齢であり、証券取引の経験がなく、為替変動に関する特段の知識も有さず、自身の財産を為替リスクや運用益とは無縁の預金や不動産という形で保有しており、かつ、リスクをとってでも為替差益によって資産を増やしたいとか、外貨建ての年金に加入したいといった意向はなかったものである。そうすると、このような原告に対し、上記のような商品特性の本件外貨建て保険を勧誘すること（本件勧誘）は、適合性の原則から著しく逸脱するものであった」とした。

3.3. 分析

以上、特定保険契約につき、平成 18 年保険業法改正後の適合性原則違反が問題となった裁判例を概観してきた。

ここでは、後述する検討に先立ち、(1)最判平成 17 年の射程が保険契約に及ぶのかという同最判の射程範囲の問題、(2)裁判所が適合性原則違反に基づく損害賠償責任に消極的な理由、および、(3)積極事例で検討すべき事項や問題点について確認する。その上で、同最判の判旨と特定保険契約における適合性原則との関係や趣旨などについては、4.検討の中で考察を加えるものとする。

(1) 最判平成 17 年の射程範囲と付随する論点

前述のとおり、最判平成 17 年は、オプション取引という証券取引の分野における最高裁判例となるため、その射程が保険契約にも及ぶのか、また、射程が及ぶとした場合に留意すべき事項とは何かというについて、ここで確認しておくものとする。

まず射程が及ぶかについて、ここで取り上げた裁判例においては、消極事例

①及び⑤を除くと、消極事例③が最判平成 17 年に直接言及しているほか、その他の裁判例も最判判旨①や最判判旨②と同様の表現を用いており、同最判の射程が特定保険契約にも及ぶとするのが裁判所の理解であるといえる。また、学説も射程が及ぶと考えていることは前述のとおりである。

そうすると、(a)最判判旨②のとおり、特定保険契約においても、具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の「投資経験」、「知識」、「投資意向」、「財産状態」等を総合的に考慮する必要があると考えられ、おそらく、このことに争いはないと思われる。一方で、最判平成 17 年が特定保険契約に及ぶとするのであれば、(b)最判判旨③が示唆する、適合性原則が取引耐性のない顧客を市場から排除するルールであるという多数説の考え方を、特定保険契約においてどう考えるか、別途検討する必要がある。

(2) 裁判所が消極的な理由

次に、特定保険契約における適合性原則違反による損害賠償責任については、その責任を否定する裁判例が多いため、まず消極事例について整理し、消極的な理由について確認しておきたい。

消極的な理由としては、学説上指摘されているとおり、特定保険契約の投資リスクが、限定的であったり複雑なものでないことが主たる要因として考えられる。裁判例を見ると、消極事例①において、変額個人年金保険につき、一時払保険料の元本保証をした商品ではないが、一時払保険料に基づく積立金を原資として終身年金を受け取れば、受取金額が一時払保険料を下回ることはなく、死亡保障にも最低保障があるとし、消極事例②では、変額年金保険につき、加入者が目標値（110%）を定め、目標値に到達した時点で運用成果が支払われる内容となっており、もし最大運用期間（10 年間）終了時点で積立金が仮に元本を下回った場合であっても、15 年間の年金受取総額としては元本額が保証され、また、一括受取の場合でも元本の 90%が保証されるものであった。消極事例③では、変額個人年金保険につき、比較的风险が限定的であり一般顧客においても理解できないほど複雑な仕組みを有するものではないとし、消極事例④では、変額個人年金保険について、原告のように中途解約を予定していない顧客にとっては比較的风险が小さい商品であり、消極事例⑥において、変額個人年金保険契約について、投資信託取引に類したもので投資信託取引などの金融商品に関する一般的知識を有していれば、本件保険のリスクを理解することができるとした。そして、消極事例⑦の通貨選択型個人年金保険につき、日本円、米ドル、豪ドルの中から契約通貨を選択し、積立期間中に契約通貨を予定利率によって運用し、積立期間や、年金受取方法を選択することが可能となっている保険であるところ、「被告銀行の投資商品の分類において、『元本の安全性に加え、収益性（値上がり）とのバランスを重視したい』に位置づけら

れている」とし、消極事例⑧では、通貨選択一般勘定移行型変額終身保険のリスクにつき、移行日前の解約については元本割れのリスクはあるものの、元本割れリスクそれ自体は大きいとはいえず、為替リスクはあるが、一般的に広く知られている上、ターゲット機能（解約返戻金の円換算額が目標値に達した場合には自動的にその運用成果が円建てで保証される仕組み）により各リスクについて一定程度減殺しているとした。なお、消極事例⑤は、適合性原則に関する理由付けが十分ではないと思われるが、事例における商品特性自体は、一時払い保険料の 100%が保証されているなど、リスクが限定的であったといえる（ただし、そのことが結論にどう影響を及ぼしているかは必ずしも判然としない）。

そうすると、消極事例については、（消極事例⑤には前述のような問題点があり、また、消極事例⑦については、商品特性についてやや業者側の主張に沿って判断しているくらいがあるが）概して、それぞれの特定保険契約につき、リスクが限定的であったことや、リスクを理解することができた商品であったといえ、これらのことが、業者側の責任を否定する主たる要因になっていると考えられる。

しかし、これらの消極事例においては、商品特性ないし商品リスクのみをもって適合性原則の問題を判断しているわけではなく、最判平成 17 年が総合的に考慮すべきであるとした顧客の「投資経験」、「知識」、「投資意向」、「財産状態」等についても、あわせて検討がなされている（消極事例①では、主に顧客の経歴や財産状況、消極事例②では顧客の投資意向、消極事例③・④・⑥では主として顧客の財産状況及び顧客の意向、消極事例⑦では顧客の投資経験及び財産状況、消極事例⑧では顧客の知識、財産状況及び保険契約締結の目的を検討していると思われる。また、消極事例②については、顧客の保有資産の全体像が不透明であるとしつつ、10 億円を上回る可能性があるとするのが裁判所の心証のようであるため、財産状況についても事実上考慮されているかもしれない。なお、消極事例⑤については、理由が十分であるかは疑問があるが、それでも一応「原告の資産や株式経験」に照らして適合性原則違反がなかったとしている）。

そもそも、最判平成 17 年は、商品特性を踏まえて、それとの相関関係において、顧客の投資経験等の諸要素を総合的に考慮する必要があるとしているため（最判判旨②）、商品特性ないし当該商品のリスクに関してのみで消極の判断をすれば、理由に不備があると指摘される可能性がある。

(3) 積極事例（東京地判令和 2 年）で検討すべき事項

以上のとおり、各消極事例を見ると、商品のリスクが限定的であったり、理解できないほど複雑ではなかったりすることが、適合性原則違反が否定される

大きな要因となっている。そして、最判平成 17 年の枠組みを踏まえ、顧客の属性等についても考慮対象としており、具体的には、顧客の財産状況や投資意向などが考慮されて結論が導かれている。

一方で、東京地判令和 2 年の保険商品は、為替リスクがある外貨建て保険であるところ、消極事例⑦及び消極事例⑧と同種のリスクといえる³⁰。そのため、東京地判令和 2 年における商品のリスクは限定的との評価もあり得るもので³¹、リスクという観点からすれば、他の消極事例と大きく変わるところはないと考える余地があるかもしれない。

それにもかかわらず、東京地判令和 2 年では適合性原則違反に基づく損害賠償責任を認めていることから、他の消極事例（特に、商品に為替リスクがある事例）との違いがどこに求められるのか、責任を認めた考え方などについて検討する必要がある。

4. 検討

4.1. 序説

ここまで見てきたとおり、最判平成 17 年の射程は特定保険契約に及ぶと考えられるところ、商品特性と顧客の投資経験等の相関関係において総合的に考慮する、同最判を前提とした複数の消極事例などを踏まえれば、特定保険契約のリスクが限定的であることなどが、適合性原則違反に基づく損害賠償責任に消極的であることの要因と考えられる。

ところで、最判平成 17 年が特定保険契約にも及ぶとなると、最判判旨③との関係で、特定保険契約における適合性原則の趣旨ないし性格をどのように考えるかが問題となる。そして、この点は、後述するとおり、損害賠償責任に消極的であることの理由などにも関連するものとなる。

一方で、東京地判令和 2 年で問題となった保険商品である外貨建て保険は、他の消極事例の商品と比較してリスクが特段に高いとまでいえないように見えるところ³²、それでも適合性原則違反に基づく損害賠償責任を認めているため、同地判の理由付けについて検証するとともに、あわせて、特定保険契約における適合性原則を考える上で留意すべき事項などがないかという点についても検討することとしたい。

³⁰ 仲・前掲（注1）18頁参照。

³¹ 尾崎・前掲（注5）124頁。

³² 仲・前掲（注1）18頁参照。

4.2. 特定保険契約における適合性原則というルール 성격

既に触れたとおり、適合性原則の趣旨に関する多数説では、適合性原則につき、取引耐性のない顧客を個別の金融商品を扱う市場から排除するルールであると理解しているところ³³、最判判旨③も、「自己責任で行う適性を欠き、取引市場から排除されるべき」という表現を用いており、耐性（適合性）を欠くものを取引市場から排除するルールであることを示唆している。

一方で、多数説とは別に、適合性原則とは投資家を「支援する」ルールであるとする見解³⁴があり、その中には、適合性原則を狭義と広義に二分することに懐疑的な立場もある³⁵。

この点、保険契約と適合性原則という観点でいえば、適合性原則の対象は、投資リスクがある特定保険契約であって、それ以外の保険契約を対象としないのが現在の規定となっている。そうであれば、「支援するルール」の考え方そのものや、適合性原則を狭義と広義とに二分しない考え方自体の適否については別として、その投資リスクをベースに特定保険契約における適合性原則を考える必要があるといえる。

したがって、投資リスクがある特定保険契約についても、証券取引と同様、国家がパターンリスティックに介入して、そのリスクに耐性（適合性）を欠く顧客を排除するという考え方³⁶が妥当するものと思われる³⁷。

そして、このように考えることは、裁判例において特定保険契約につき適合性原則違反に消極的であったことを裏付けるものといえる。すなわち、取り上げた裁判例における保険商品のように、そのリスクが限定的であったり、そのリスクが顧客において理解可能なものであるとすれば、当該保険商品に関する保険取引から排除されるべき顧客が多くいるはずもなく、そのため、裁判においても適合性原則違反が否定される傾向にあったといえる。

ただし、保険業法 300 条の 2 が適合性原則の規定である金商法 40 条 1 号を準用している以上、適合性原則違反に基づく損害賠償責任が生じ得ることは当然であり、このことは、国内株式の現物取引を考えれば分かりやすい。株式の

³³ 前掲（注22）の各論稿参照。

³⁴ 王・前掲（注18）6頁、同「適合性原則に関する基礎的考察」私法75号214頁、219頁（2013）。また、川地宏行「投資取引における適合性原則と損害賠償責任（2・完）」法律論叢84巻1号1頁、46頁（2011）参照。

³⁵ 王・前掲（注34）220頁。

³⁶ 潮見・前掲（注15）162頁、前田・前掲（注1）29頁。

³⁷ また、最判平成17年の射程が保険契約に及ぶと考えるのであれば、特段の事情がない限り、多数説と同じ考えを示唆する最判判旨③を踏まえた解釈が必要になると思われる。

現物取引もリスクが過大であるとはいえないが³⁸、適合性原則違反が成立する余地はあり、特定保険契約についても同じような考え方ができると思われる。

4.3. 特定保険契約に対する適合性原則の適用

(1) 概論

そこで、以下では、特定保険契約において、適合性原則違反はどのような場合に成立するか、その特徴について検討するが、まず先に、東京地判令和2年が適合性原則違反に基づく損害賠償責任を認めた結論が妥当であったかという点について、少しだけ触れておくこととしたい。学説の中には、適合性原則違反に基づく損害賠償責任を認めた判断に疑問を呈するものもあるため³⁹、まずは同地判の判断の妥当性に触れ、次に、同地判の特徴的な点などを論じるものとする。

(2) 東京地判令和2年の妥当性

東京地判令和2年について、争点はいくつかあるものの⁴⁰、損害賠償責任の成否という点に関しては、主に商品特性やそのリスクの捉え方と、顧客の意向の2つといえる⁴¹。

前者のリスクに関しては、為替レートの変動により、受取額が支払った保険料を下回るリスクがあるに過ぎないといった評価もあり⁴²、抽象的に見て為替リスクは複雑なものでないともされる⁴³。しかし、本判決は、外貨建て保険のリスクを抽象的に指摘するにとどまらず、21年間という長期間にわたって為替変

³⁸ 例えば、大阪高判平成22年7月13日判時2098号63頁は、「株式の現物取引は株式を現実に購入又は売却するものであるから、株式の取得価格とその後の売却価格との差が利益又は損失となることは自明の理で」、「株式の発行体である株式会社が経営に行き詰まれば、それを保有する投資家はその投資額の全部を失うが、それ以上の損失を受けることがないことも、一般人の周知の事柄である」として、リスクが過大であるとはいえないとしている。

³⁹ 尾崎・前掲（注5）125頁、尾形・前掲（注1）8頁。また、同・前掲（注1）9頁〔潘阿憲コメント〕参照。

⁴⁰ 東京地判令和2年の争点等については、尾形・前掲（注1）1頁以下、仲・前掲（注1）13頁以下、尾崎・前掲（注5）122頁参照。

⁴¹ 尾崎・前掲（注5）124頁～125頁、尾形・前掲（注1）9頁〔潘阿憲コメント〕参照。

⁴² 尾形・前掲（注1）7頁。

⁴³ 尾形・前掲（注1）7頁。また、仲・前掲（注1）18頁参照。

動のリスクにさらされるという具体的なリスクを認定して結論を導いている⁴⁴。

なお、この判断は、最判平成 17 年に照らして適切であると考えられ、最判判旨②の「一般的抽象的なリスクのみを考慮するのではなく、当該オプションの基礎商品が何か、当該オプションは上場商品とされているかどうかなどの具体的な商品特性を踏まえ」ることを敷衍するものといえる。そのため、他の金融商品などにおいても共通してとられるべきアプローチであり、特定保険契約に特有の判断方法とはいえない。

次に、後者の顧客の意向について検討するに、裁判所は、「リスクをとってでも為替差益によって資産を増やしたいとか、外貨建ての年金に加入したいといった意向はなかった」と認定して⁴⁵、適合性原則違反を認めている。そのため、当該意向の認定を前提とすれば、21 年間という長期間にわたって為替変動のリスクにさらされることは、顧客の意向に沿わないものとなりそうである。

そうすると、東京地判令和 2 年の結論に妥当性はあったといえそうであるが、この顧客の意向をどう捉えるべきかについては、後述する特定保険契約の二面性と関連して議論があり、その議論が同地判の妥当性にも影響を及ぼすものと考えられる。そのため、同地判の結論の妥当性については、ここでひとまず留保し、特定保険契約の二面性と顧客の意向とあわせて、結論の妥当性についても検討する。

(3) 特定保険契約の二面性と顧客の意向

証券取引の場合、株式の現物取引やオプション取引にせよ、EB 債などの複雑な仕組債にせよ、投資者が商品に応じたリスクをとりながら資本を投じ、そして、投下資本以上の収益を得ることを目的とするという投資としての性質を有しているところ、特定保険契約には、このような投資としての側面のほか、保険者が一定の事由が生じたことを条件として財産上の給付を行うことを約し、保険契約者がこれに対して保険料を支払うことを約するという保険契約としての側面も有する⁴⁶。

⁴⁴ 仲・前掲(注1) 18頁。なお、抽象的には消極事例⑦及び消極事例⑧と東京地判令和2年のリスクは同じかもしれないが、具体的なリスクでは当然違いがあるため、必ずしも、消極事例⑦及び消極事例⑧の結論に問題があるということではない。例えば、消極事例⑧につき、小野寺千世「銀行による外貨建て変額保険勧誘の違法性が否定された事例」ジュリ1590号130頁、133頁(2023)参照。

⁴⁵ なお、当該認定につき、理由が不十分といった疑問が呈されているが(尾形・前掲(注1) 8頁、尾崎・前掲(注5) 125頁、127頁(注15))、事実認定に関する事項のため、本稿では、その点に立ち入らない。

⁴⁶ 仲・前掲(注1) 21頁。また、尾崎・前掲(注5) 125頁も参照。

この投資としての側面と保険としての側面の二面性は、適合性原則を考える上で相関関係にあるとされた、商品特性と顧客側の属性の双方に影響があると考えられる。そして、東京地判令和2年の事案では、後者の顧客側の属性のうち、特に顧客の意向に関して問題となった。

すなわち、裁判所は、顧客の意向について、「〔長男〕Eに財産を渡すという目的もかなえつつ、原告自身も生前に継続的に年金を受けることができるようにして財産を自分のためにも使いたいという点にあった」（以下「保険に関する意向」という）とする一方で、「21年経過後も原告が生存している場合に年金支払が続くことに興味を示したといった事情はうかがわれないから、少なくとも、為替変動のリスクがあっても資産を増やすことができる商品に投資したいとか21年以上の長期間の年金支払を受けたいといった意向を有していたとは考え難く、まして、積極的に為替変動のリスクをとって為替差益による利益の獲得を志向していたとは認められない」（以下「投資に関する意向」という）としており、顧客の意向にも2つの側面があると認定している。

この保険と投資に関する意向の取扱いに関しては、投資に関する意向が特定保険契約の商品特性に適合するかに着目すべきであって、そのことは東京地判令和2年から理解できるとする見解⁴⁷がある一方、（事実認定にも関係するが）投資に関する意向は積極的に為替変動リスクをとる（外貨建て保険に加入する）意図がなかったことは示しているものの、為替変動リスクを伴う保険商品の加入を拒絶するとまではいえず、問題となった外貨建て保険は、保険に関する意向に反していないとして、適合性原則違反にはならないとする見解⁴⁸がある。そして、この後者の見解は、二面性について否定はしないものの、保険商品としての側面と投資性の側面を分断して考えるのは難しいとし⁴⁹、両者を切り離して検討することを疑問視する⁵⁰。

後者の見解を踏まえると、投資という側面と保険という側面とを完全に分断・切り離して検討するというのであれば問題があるといえ⁵¹、最判判旨②が商品

⁴⁷ 仲・前掲（注1）21頁。また、吉田・前掲（注5）5頁参照。

⁴⁸ 尾崎・前掲（注5）125頁。なお、この見解は、保険商品としての側面と投資性の側面を切り離して考えるのは難しいとする。同・前掲（注5）127頁（注17）参照。

⁴⁹ 尾崎・前掲（注5）127頁（注17）。

⁵⁰ 尾崎・前掲（注5）125頁。

⁵¹ その意味で、仲・前掲（注1）22頁が「投資性を有するという側面が顧客の意向に適合しないときには、保険という側面に係る顧客の意向が当該保険商品でなければかなえることができないものでない限り、当該保険商品は全体として顧客の意向に適合していない」とすることには疑問が残る。この点に関し、尾崎・前掲（注5）127頁（注17）参照。

特性との相関関係において、顧客の投資経験等の諸要素を「総合的に考慮する必要がある」としている点にそぐわないものと考えられる。

一方で、前述のとおり、適合性原則が保険契約全般ではなく、投資リスクのある特定保険契約に限って問題となることからすれば、特定保険契約が持つ投資リスクに照らして、適合性原則が遵守されていたかを判断すべきであろう。そして、特定保険契約における適合性原則が、特定保険契約の持つ投資リスクに対する耐性（適合性）を欠く顧客を排除するという考えを前提とするのであれば、顧客の投資に関する意向（リスクに関する意向）が、当該商品が有する投資リスクや商品全体に適合していたかという点を中心に検討すべきであり、保険に関する意向を重視して適合性を検討するのは妥当ではないといえる。

そのため、東京地判令和 2 年につき、（事実認定の点は別として）顧客の投資に関する意向に沿わないことを認定して、適合性原則違反を認めたことは、結論と理由付けのいずれにおいても妥当であったと考えられる。

5. むすびに代えて

特定保険契約と適合性原則をめぐるのは、学説において、適合性原則違反が成立する余地は必ずしも大きくないと指摘されていた。そして、適合性原則が問題となった裁判例を検討すると、適合性原則違反に基づく損害賠償責任を否定した裁判例が多く、その消極的な理由として、特定保険契約のリスクが限定的であったり、リスクが複雑ではなく顧客にとって理解可能であったりすることが主たる要因であった。ただし、裁判所はリスクだけで判断したわけではなく、顧客側の経験や知識、投資意向、財産状態等についても検討を行っており、このことは、最判平成 17 年の枠組みから当然のことといえる。また、損害賠償責任が消極的に解されることは、投資リスクに対する耐性（適合性）を欠く顧客を排除するという、適合性原則の趣旨からも理由付けられるものといえる。

そして、特定保険契約には、投資としての側面と保険としての側面の二面性があるところ、投資リスクがある特定保険契約のみ適合性原則が問題となる現行の保険業法を前提とすれば、投資リスクを中心に考えるべきであり、適合性原則違反に基づく損害賠償責任を認めた東京地判令和 2 年の判断は、この考えに即しているものといえる。

なお、特定保険契約における適合性原則違反を認めた裁判例は東京地判令和 2 年のみであるため、今後、適合性原則違反に基づく民事責任の積極事例が増えることがあれば、より精緻な議論が展開されるかもしれない。

【論説】

不法領得の意思の再検討

最決平成 16 年以降の裁判例の考察を通して

山中 純子

概要

1. はじめに
2. 最決平成 16 年の考察
 - 2-1 最決平成 16 年における不法領得の意思
 - 2-2 判例から導き出される「不法領得の意思」
 - 2-3 「不法領得の意思」の認定判断の類型化
 - 2-4 客観的な「所有者的な支配」を基準とする根拠
3. 類型ごとの裁判例の考察
 - 3-1 客観的に所有者的な支配がある場合
 - 3-2 客観的に所有者的な支配がない場合
 - 3-3 客観的に所有者的な支配が不明確な場合
4. 精算前の持ち出し等の事例の検討
 - 4-1 精算前の持ち出し事例
 - 4-2 動画撮影目的の事例
 - 4-3 小括
5. 服役目的等の動機がある事例の検討
 - 5-1 服役目的で万引きした事例
 - 5-2 拾得者を装った事例
 - 5-3 小括
6. おわりに

概要

不法領得の意思は、領得罪における書かれざる構成要件として必要とされており、その内容を利用処分意思と権利者排除意思であるとする判例が定着している。しかし、裁判例を見ると、その内実は様々であり、学説にも対立がある。本稿では、最決平成 16 年 11 月 30 日が述べた不法領得の意思の内容を考察して、その内実を「所有者的な支配の意思」と捉えた上で、複数の裁判例を分析していく。その際、不法領得の意思の認定判断を 3 類型に分け、特に、客観的に所有者的な支配が不明確な場合に、「所有的な支配の意思」が重要であることを述べる。また、具体的に、精算前の持ち出し等の事例や服役目的等の事例を取り上げ、所有者的な支配の意思が認められることの説明を試みる。

1. はじめに

不法領得の意思をめぐるのは、「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」という判例¹による定義が定着する一方で、その内容は裁判例によって異なり、学説上も見解が分かれている²。令和 3 年には、名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日³や福岡高判令和 3 年 3 月 29 日⁴など、不法領得の意思をめぐる重要判決が出ているが、それらに対する評価も分かれるところである。本稿では、まず、詐欺罪における不法領得の意思を否定した最決平成 16 年 11 月 30 日⁵が述べた不法領得の意思の内容について確認した上で、その内実を「所有者的な支配の意思」と捉える。そして、実務的に有用な不法領得の意思の認定判断を 3 類型に分け、特に、客観的に所有者的な支配が不明確な場合に、所有的支配の意思が重要であることを導き出す。また、裁判例で不法領得の意思が問題となった事例を分析する中で、改めて不法領得の意思の必要性及びその内容を検討する。最後に、具体的な事例の検討として、不法領得の意思の成否に関する結論が分かれ得る、精算前の持ち出し等の事例及び服役目的等の動機がある事例を取り上げ、所有者的

¹ 大判大正 4 年 5 月 21 日刑録 21 輯 663 頁。

² 権利者排除意思と利用処分意思の双方を要求する見解、権利者排除意思のみを要求する見解、利用処分意思のみを要求する見解、いずれも不要とする見解に分かれる。

³ 高刑速（令 3）501 頁。後記 4-2 で詳細に検討する。

⁴ 高刑速（令 3）524 頁。自転車の一時的な使用について占有離脱物横領罪の成立が認められた事例である。

⁵ 刑集 58 巻 8 号 1005 頁。以下、単に「最決平成 16 年」という。

な支配の意思が認められることの説明を試みる⁶。

2. 最決平成 16 年の考察

2-1 最決平成 16 年における不法領得の意思

(1) 事案の概要

最決平成 16 年は、叔父に対する虚偽の支払督促を申し立てた上、共犯者が叔父を装って支払督促正本及び仮執行宣言付支払督促正本を郵便配達員から受け取り、適式に送達されたように外形を整え、叔父に督促異議申立ての機会を与えることなく支払督促の効力を確定させようとしたという事案であり、被告人が、2 度にわたって支払督促正本を詐取しようとした詐欺罪に問われたものである。被告人らは、支払督促正本については、手元に残しておけば自らの犯罪の証拠となるので、当初から何らの用途にも利用することなく速やかに廃棄するつもりでおり、現に最初の支払督促正本については受け取った当日中に廃棄していた。2 度目の支払督促正本については、本来受領権限のある叔父が、郵便局員に対し、自分が本人であると申し出るなどして共犯者から取り戻したことから、本件が発覚しており、廃棄には至らなかった。

(2) 決定要旨

本決定は、「廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならないと解するのが相当である。」と述べ、不法領得の意思を否定した。この決定から読み取れることは、まず、詐欺罪においても、他の財産犯と同様に不法領得の意思が必要であるということである。その上で、「廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった」場合には、利用処分意思を否定している。この部分については、もっぱら廃棄する意思の場合には利用処分意思を否定したものを読み替えることが可能である。また、「受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならない」と述べる部分からは、利用処分意思とは、「財産的利得を得るため」の利用処分の意思であることを前提としつつも、それが直接の利得である必要があることが分かる。つまり、支払督促正本等を債務者に適式に送達させ、債務者から督促異議申立て等がないことによっ

⁶ 本稿は、令和 6 年 6 月 2 日開催の日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」内で報告した『『不法領得の意思』が問題となった最決平成 16 年以降の裁判例の考察』の内容の一部をまとめ、若干の検討を加えたものである。

て支払督促の効力が生じるとしても、これは間接的な財産上の利益に過ぎないため、利用処分意思を認定することができないことを示した。本件では、受領した支払督促正本それ自体の直接の用途としては、廃棄するのみであったため、そこから得る直接の利益がなく、利用処分の意思が否定されたと言えよう。

ここから、最決平成 16 年において示された内容は、客体である物を得る直接の目的が、毀棄・隠匿のみの場合、利用処分意思は認められないこと、そして、動機や目的が、終局的には何らかの財産的利得を得ることにあっても、物それ自体の利用処分から直接的に利得する意思でなければ、利用処分意思には当たらないことの 2 点に集約することができる。

2-2 判例から導き出される「不法領得の意思」

最決平成 16 年を前提に、さらにそれ以降の裁判例を考察してみると、「不法領得の意思」については、その内容は不統一かつ曖昧で、積極的な定義を導き出すことは困難である。不法領得の意思が希薄化、形骸化しているという指摘も見られるところである⁷。既に最判昭和 33 年の投票用紙の持ち出し事案⁸についての調査官解説⁹でも述べられているように、利用処分意思は「単純な毀棄又は隠匿の意思の場合を排除するという消極的な意義を有するに過ぎない」と言える。こういった消極的な意義だけを見出した場合、そこから導き出せる最低限の共通項としては、「毀棄、隠匿の意思を除外した所有者的な支配の意思」というものが残るのではないだろうか¹⁰。積極的な定義をしない場合、不法領得の意思は「所有者的な支配」という占有取得時の客観的な取得態様・状況に対応する意思という形で、できる限り客観化した意思に還元することができるだろう。客観的な取得態様・状況に着目すると、利用処分意思のみならず権利者排除意思も、共通の「所有者的な支配の意思」で判断することができる。それぞれの意思について、所有者的な支配の意思とは何なのかを具体的にみていくことにする。

まず、権利者排除意思は、窃盗と不可罰の使用窃盗との区別のために必要であるとされるが、所有者的な支配がある場合、つまり権利者を一時的でも完全に排除して支配している場合で、それに対応する意思がある場合には窃盗とし、完全

⁷ 石堂淳「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察—窃盗罪と毀棄・隠匿罪との区別機能をめぐって—」岡本勝ほか編『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』（第一法規、2004 年）275 頁、富高彩「判例における不法領得の意思の再点検」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、2014 年）510 頁以下。

⁸ 最判昭 33 年 4 月 17 日刑集 12 巻 6 号 1079 頁。

⁹ 栗田正「判批」最判解刑事篇昭和 33 年度 241 頁。

¹⁰ 井上弘通「判批」最判解刑事篇平成 16 年度 576 頁。

には支配していない場合、例えばすぐに返還する意思があり、現にすぐに返還可能である場合等には、使用窃盗とすることができる。また、客観的に権利者が許容しない程度の占有侵害の場合には、新たな所有者として支配する意思があると言えるので、この場合も所有者的な支配の意思を認めることができると考える。

次に、利用処分意思における「所有者的な支配の意思」とは、所有者のように物それ自体から直接的に利得する意思と解することができる。この点で、単なる占有取得の故意とは区別される。占有取得時のその占有取得「行為」に対応する主観は、物の占有取得により直接生じる効果を得ようとする意思であることが必要である。究極的には、手元に置くこと自体が目的でも、そこから財産的な利益を得ることができるのであれば、所有者的な支配の意思と言えるが、支配後に派生する間接的な動機を有するだけでは足りない。

この「所有者的な支配の意思」が否定されるのは、もっぱら毀棄・隠匿の意思で占有取得する場合である。この場合、物それ自体から直接的に利益を得ようとする意思はなく、本来の所有者に損害をもたらすことが直接の目的であると言えるだろう。たしかに、領得罪でも被害者に財産的な損害は当然生じるが、領得罪では所有者的な支配によって物それ自体から利得するところに最大の特徴がある。それとは異なり、「もっぱら」毀棄・隠匿の意思である場合には、「所有者的な支配の意思」が否定され、領得罪は成立しない。究極の目的が毀棄・隠匿による嫌がらせの場合であったとしても、所有者的な支配の意思と嫌がらせ等の別の動機との併存はあり得るため、物自体の占有取得から直接的な利得があるかどうかが重要である。

2-3 「不法領得の意思」の認定判断の類型化

このような「所有者的な支配の意思」が認定される裁判例については、以下の3つの類型に分けることが可能である¹¹。第1類型は、客観的に所有者的な支配があり、その支配状況から不法領得の意思が推認される場合であり、この場合、主観の認定は問題にならず、不法領得の意思の積極的な意味付けを検討しなくとも認定が可能である。典型例は、店における商品の万引きである。本来、代金を支払って初めて所有者になることのできる商品を、管理する店側の販売意図に反する形で自己の占有下に移すのであるから、所有者的な支配の意思が認められる。後記3-1で裁判例を分析するように、対象が商品であれば、問題なく不法領得の意思が認められ、窃盗罪でほぼ有罪になるのが現状であろう。

第2類型は、客観的に所有者的な支配がない場合、例えば、すぐに廃棄した場合や、そもそも利用可能性がない場合等である。そういった場合であれば、

¹¹ いずれの類型においても、客観的な占有移転と故意があることが前提である。

物自体から利得する意思はなく、もっぱら毀棄・隠匿の意思が残る。所有者的な支配の意思が認められないため、不法領得の意思は否定されることになる。

第3類型は、客観的な占有取得時の所有者的な支配の有無が不明確な場合で、「所有者的な支配の意思」、つまり、直接的に物それ自体から利得しようとする意思があるかどうかを具体的に判断する必要がある場合である。不法領得の意思の判断が実際に問題となる事例は、このような場合である。行為者は、間接的に被害者に損害をもたらす意思や嫌がらせ目的等を有しており、一見、利得する意思がないようにも思われるが、所有者的な支配の意思と嫌がらせ目的等が併存することは考えられるため、不法領得の意思が認められる場合もある。

このように認定判断を3つの類型に分けると、前記2-1で考察した最決平成16年については、まさに、第3類型に該当するものと言えるだろう。客観的な占有取得時の所有者的な支配の有無を検討すると、支払督促正本の受け取り行為自体が、「送達されたような外形」という直接の利益を得る目的の行為のようにも見えるが、物それ自体からの利益とは言い難く、例えば支払うべき代金を支払わずに商品を占有下に置いたような財産犯における定型行為ではないので、直接の利得目的は客観状況から判断しにくい。そして、1度目の支払督促正本は当日中に廃棄したものの直ちにではなく、また、2度目は廃棄前に発覚したことから、所有者的な支配が完全にはないとも言えない。したがって、所有者的な支配は不明確であり、それに対応する意思があるのかどうか、主観面を具体的に検討する必要がある。第3類型においては、客観状況から判断することが困難であるため、特に所有者的な支配の意思、すなわち直接利得の意思という主観面の認定が重要となるのである。そこで、最決平成16年の事案の主観面を改めて検討すると、占有取得時には、手元に残しておけば自らの犯罪の証拠となるので、速やかに廃棄するつもりでいたことが分かる。そして、被告人には物それ自体の利用可能性がないのであり、受け取り行為の直接の目的は、送達による利益を直接得ることではなく、叔父に送達させず、叔父の異議申立ての機会を奪うことである。つまり、所有者的な支配の意思はなく、もっぱら毀棄の意思であったことが認められる。後に支払督促の効力を得るという間接的な目的については、物を廃棄した後に達成が期待されるだけであり、間接的な動機に過ぎないことから、所有者的な支配の意思の有無には影響しない。本事案では、もっぱら毀棄の意思であったとの認定により、詐欺罪の成立が否定されているので、所有者的な支配の意思とは、単なる占有取得の故意ではなく、客観状況のみで認定することができるとは限らない直接利得の意思を内容とするものであるということが出来る。

逆に、第3類型のように見えてそれと区別されるのは、例えば、嫌がらせ目的で商品を持ち出し、それを自宅に持ち帰ってすぐに破壊した場合である。所

有者として利用することが一切なかったのであるから、自宅に持ち帰った後の行為を踏まえると、一旦支配していても客観的に所有者的な支配が不明確であると捉える余地もなくはない。しかし、客観的には、占有移転時に万引きの外形があり、行為者にはその商品の利用可能性もあるのであるから、もっぱら毀棄・隠匿の意思だったと認定するのは適切でない。その後、嫌がらせ目的で破壊したとしても、それは間接的な動機と位置付けることができるだろう。客観状況から「所有者的な支配」を判断する際に重視すべきは、あくまで占有移転時ないし占有移転直後である。そうであれば、このような事例は、第 1 類型に当たり、客観的な占有取得時の所有者的な支配の有無が不明確な第 3 類型の場合とは言えない¹²。後記 2-4 でも考察するように、客観的に所有者的な支配があり、それに伴う意思もあることから、窃盗罪が成立すると考えるべきである。

2-4 客観的な「所有者的な支配」を基準とする根拠

このような客観的な「所有者的な支配」があるかを基準として類型化する認定判断枠組みについては、客観化することによる明確さはあるものの、その根拠に合理性はあるのかどうか、これによって窃盗罪と毀棄隠匿罪とが区別されることが十分に説得的かどうかについては、一定の批判も向けられるだろう。なぜなら、客観的な「所有者的な支配」というのは、窃盗罪と毀棄隠匿罪を客観的な占有取得の有無によって区別する利用処分意思不要説と異ならないようにも思われるからである。窃盗罪も毀棄隠匿罪も、ともに財産犯であり、元の所有者ないし占有者の財産権を侵害することに違いはないから、占有取得の有無だけで窃盗罪には毀棄隠匿罪よりも重い法定刑が定められていることの違いを説明するのは困難のように思われる¹³。

しかし、前記 2-3 の類型化における第 1 類型は、あくまで客観的な所有者的な支配が明らかな場合は、当然に「所有者的な支配の意思」も伴うものであるとして、判断を簡略化したままであり、利用処分意思を不要とする考えではない。そして、第 3 類型のように、客観的な所有者的な支配が不明確な場合は、物それ自体から直接利得しようとする意思があるかどうかを具体的に判断する必要がある。したがって、その物自体から利得しようとする利欲性に責任非難を見出し、窃盗罪に重い刑を科すことを正当化することができると思う。

¹² もっとも、客観的な所有者的支配の有無も、客体の性質や直後の保管方法などの間接事実を総合して決するため、その判断が容易でなく、もっぱら毀棄隠匿目的かどうかの認定をする必要がある場合もあり、その場合は第 3 類型として、主観面の判断をすることになる。そのため、第 1 類型に分類することが絶対的な意味を持つわけではなく、あくまで主観面に着目する必要性が高い類型を第 3 類型として抽出しているに過ぎない。

¹³ 松原芳博「刑法各論 [第 3 版]」(日本評論社、2024 年) 232 頁以下参照。

前記2-3で、嫌がらせ目的で商品を持ち出し、それを自宅で破壊した例を第1類型であると説明したが、嫌がらせ目的で商品をその場で破壊した場合と、商品を自宅に持ち帰ってから破壊した場合とでは区別される¹⁴。前者については、客観的な所有者的支配がなく、もっぱら毀棄隠匿の意思である場合の第2類型に当たるため、器物損壊罪が成立する。他方で、後者については、最終的には同じ嫌がらせ目的であり、個人的に利用して結果として何か財産的な利益を得たわけではないが、客観的な所有者的支配が認められることから、器物損壊罪よりも重い窃盗罪が成立する。たしかに、窃盗罪について、その利欲性を根拠に高度の責任非難を向けるのであれば、自宅に持ち帰ったとしても破壊した場合には利欲性に欠け、窃盗罪に値する非難を向けられないようにも思われる。しかし、財物を持ち去ってから毀棄に至るまでに間隔がある場合、特にそれが商品であった場合には、その財物の利用可能性は継続する。中には、後記3-2で紹介する東京高判平成18年のように、嫌がらせ目的で全く利用可能性がない被害者個人の物を持ち出した場合など、所有者的支配の意思を認められないこともあるだろう。しかし、それが店で販売されていた商品であれば、利用可能性はあり、占有移転時に着目すれば、占有を取得することによって任意に処分できる利益を得るという「直接の利得」及びその意思を観念することができる。また、客観的に窃盗と区別がつかない占有取得状況であれば、一般予防の見地からも、毀棄罪よりも強い責任非難に値するであろう。したがって、このような場合も、客観的な所有者的支配及びそれに伴う所有者的支配の意思があるとして窃盗罪の成立を認めるべきである。利用処分意思が一見ないように思われる事例でも、その内容を占有移転時における物から直接利得する意思であると捉えれば、物を手元に保管する利益やその後任意に処分することができる利益なども広く含まれるのである。

3. 類型ごとの裁判例の考察

3-1 客観的に所有者的な支配がある場合

最初に、客観的に所有者的な支配があり、所有的な支配の意思も問題なく認められる事案を考察する。山形地判平成20年¹⁵は、被告人らが被害者から自動車や財布を強奪した強盗致傷等の事案である。被告人は、財布の奪取につき、被害者を困らせることが目的であった旨述べ、車についても被害者の足をなくす目的であったとして、不法領得の意思はないと主張した。しかし、被告人は、

¹⁴ 松原・前掲注(13)233頁は、両者の場合で違法性や責任に有意な違いはなく、刑の重さが変わることに合理的な理由は見出し難いと批判する。

¹⁵ 山形地判平成20年3月26日LEX/DB28145294。

本件財布や本件車の鍵を被害者から奪い取った後、その鍵を用いて本件車を自ら運転して、被害者を置き去りにするために本件犯行現場から移動するなどしている上、本件犯行後、それまで保管し続けていた本件財布内の現金を自己のものにしていた。問われるのは、占有移転時の所有者的な支配であるが、この事案では、事後の利用状況という間接事実から、占有移転時に所有者的な直接利得の目的があったことは容易に認定することができ、本件は客観的に所有者的な支配が認められる事案である。たしかに、その後本件車の損壊行為に及んでいることから、被告人らの本件車を奪取する目的が逃走用、つまり自分たちのために利用することでないことが他方で認められるものの、「このような器物損壊という犯罪行為を目的として、これを実現するために本件車の占有を被害者から奪い、約 1.5 キロメートルもの距離を走行させる行為」があったと認定されている。被害者を置き去りにすることは間接的な動機であり、物に対しては器物損壊の目的を持って、約 1.5 キロメートルの間、車を実際に利用していることから、客観的に所有者的な支配意思が認められる¹⁶。前記 2-3 及び 2-4 で言及した、商品を持ち去った上で、自宅で破壊した場合と類似の事例と言えよう。したがって、もっぱら毀棄・隠匿目的で奪取したとも言えない。本判決は、もっぱら毀棄・隠匿目的で奪取した場合、特段の事情があるとして、不法領得の意思の推認が覆されることを示唆してはいるが、本件では、特段の事情は認められない。本件は、所有者的な支配の意思が客観状況から認定された事例であり、このような場合、不法領得の意思は毀棄・隠匿の意思の場合を排除するという消極的な意義しか持たないということも確認できる。

このような客観状況からの推認を突き進めていくと、東京高判平成 21 年¹⁷にたどり着く。同判決は、収納棚の上に店の従業員が置いていた携帯電話機を窃取したという事案で、被告人の主観面、目的を特に認定することなしに窃盗罪を認めている。判決は、「社会的に高度に有用な有価物である本件携帯電話機を他人の占有を奪う形でその占有を取得して自己の服の中に隠匿し、本件携帯電話機が置いてあった場所から密かに立ち去ろうとし」たという客観状況を認定し、そこから不法領得の意思を優に推認することができると述べている。被告人は、「携帯電話機を使ったことも、使う必要もなく、その操作方法も知らないし、そもそも携帯電話機が嫌いであり、使う意思もなかった」などと徹底的に利用処分意思を否定する主張をしたが、このような主張では推認は覆らない

¹⁶ なお、実際に車を使用したことは、所有者的な支配及びその意思を推認する重要な間接事実であるが、占有移転後の事情であるから、そこから必ず所有者的な支配の意思が認定されるわけではなく、あくまで所有者的な支配の意思は、占有移転時に必要とされる実体要件である。

¹⁷ 東京高判平成 21 年 7 月 1 日判タ 1308 号 308 頁。

とされた。客観的な所有者的な支配が明白な場合は、具体的な利用目的も認定されず、目的が不明であっても客観状況を重視して不法領得の意思を認めていると言える。本判決の解説では、「スリや万引きといった典型的な盗犯の手口の事犯では、不法領得の意思の不存在を理由として窃盗の成立が否定されるのは容易に想定し難いところであって、不法領得の意思の存在を窃盗罪の成立要件として殊更検討する必要性が高いとはいえない」とまで書かれている¹⁸。現に社会的に利用価値のある携帯電話機を持ち主の意に反して奪っていることから、被告人の主観よりも、客観的な所有者的な支配が重視されており、まさに不法領得の意思の形骸化を示すものとも言えよう。

3-2 客観的に所有者的な支配がない場合

次に、客観的に所有者的な支配がないと認められる場合については、不法領得の意思も否定される。第2類型に当てはまる事例として、金庫窃盗の際に防犯カメラのビデオレコーダーを持ち去った広島高判令和元年¹⁹がある。本件では、レコーダーと使用時には一体の物である電源とディスプレイを残し、レコーダーのみをコードが損傷するような形で持ち去ったため、物理的に利用可能性がなく、所有者的な支配がないことが認められる。しかも、実際に被告人が持ち去った直接の目的を考えると、自分達の姿が録画されている可能性のある防犯カメラのレコーダーを毀棄・隠匿して映像を隠滅することであり、もっぱら毀棄・隠匿の意思だったことが分かる。既に客観状況から、物自体から利得する意思のないことも推認可能であるが、本件ではもっぱら毀棄・隠匿の意思であったとして、所有者的な支配の意思も否定されたと言える。

また、強盗致傷後に被害者から携帯電話機2台及び自動車の鍵を取り上げて破壊した事案である松山地判平成19年²⁰では、取得後直ちに破壊したものの、破壊した携帯電話機を廃棄せずに保管していた。しかし、破壊された携帯電話機であるから、物から生じる直接の利益はなく、所有者的な支配は認められない。被告人が取り上げた目的も、逃走や警察への通報を妨げること、言い換えれば、被害者が使用できないようにすることであるから、もっぱら毀棄・隠匿の意思であったと言えるため、所有者的な支配の意思が認められない類型である。

さらに、嫌がらせ目的で、被害者のあわび漁に使用していたジャージ1着や被害者所有の自動車の右サイドミラーの鏡の部分等を持ち出して投棄した東京

¹⁸ 匿名解説「判批」判タ1308号309頁。

¹⁹ 広島高判令和元年6月20日LEX/DB25563721。

²⁰ 松山地判平成19年7月19日LEX/DB28135424。

高判平成 18 年²¹の事案も、心理的にも物理的にも利用可能性がなく、被告人自身が使用することが想定できない物であり、しかも持ち去った直後に投棄していることから、所有者的な支配は認められない。この事案も、もっぱら毀棄・隠匿の意思しかなかった場合であるとして、所有者的な支配の意思はないと認定することができる。

3-3 客観的に所有者的な支配が不明確な場合

最後に、客観的に所有者的な支配が不明確であり、行為者の所有者的な支配の意思という主観面の認定が特に必要となるのは、どのような場合かを見ていく。まず、新潟地判令和 5 年²²の強制性交等致傷（現・不同意性交等致傷）後のスマートフォンとショーツの持ち去りの事案では、持ち去ったスマートフォンを操作したのか、そもそも使うことができたのか、また、ショーツをその後どのように利用・処分したかも証拠上不明な事案であり、客観状況からは所有者的な支配を認定することができない。そこで、主観面に着目すると、被告人の目的は、指紋や汗が付着している可能性を考慮して犯行発覚を防ごうとしたこと、あるいは、被害者が直ちに通報することを防ごうとしたことであると考えるのが合理的である。つまり、被害者に使用させないようにすることや、その物自体の毀棄・隠匿を意図していたと考えられる。したがって、本件では、もっぱら毀棄・隠匿の意思の場合として、所有者的な支配の意思が認定されなかったのではないかと考えられる。

次に、口座買取業者への譲渡目的で開設した口座の通帳等を取得後に裁断して詐欺罪が問題になった事案²³について取り上げる。口座買取業者側は、インターネット・バンキングさえ利用できれば良いため、被疑者に対し、インターネットサービス利用者カード（以下、「利用者カード」という。）を受け取った後には、通帳及びキャッシュカードを裁断し、その写真を口座買取業者に送信することを求めた。被疑者は、通帳等が不要になった時点ですぐ裁断しており、利用可能性がないものを破壊後に持っていたとしても、前記 3-2 で紹介した松山地判平成 19 年のように、所有者的な支配はないとも言える。しかし、利用者カード到着までの 3 日間は、完全に毀棄することは決していなかったのであり、口座名義人としては再発行も可能となることを考え合わせると、所有者的な支配があったようにも見える。そのため、客観状況からは、所有者的な支配が不明確な事

²¹ 東京高判平成 18 年 4 月 3 日高刑速平 18 号 84 頁。

²² 新潟地判令和 5 年 2 月 27 日 LLI/DB L07850204。

²³ 本田恭子「第三者に譲渡する目的で口座開設したものの、通帳等については廃棄を前提としていた場合に、詐欺罪の不法領得の意思の存否を検討した事例」研修 832 号 89 頁以下掲載の平成 28 年の事件（公刊物未登載）。

案である。そこで、被疑者の主観面を検討すると、最初から裁断するつもりであったものの、それまでの間、口座名義人としての地位が化体された通帳²⁴及びキャッシュカードを支配する意思はあったと言える。利用者カードの入手までは通帳等を廃棄することはしないのであり、手元に置いておくこと自体、物自体から直接利得していると言える場合である²⁵。したがって、この事案では、後に口座買取業者から報酬を得るといった間接的な動機から利得目的を見出さなくとも、物自体から直接利得する意思があったと言え、所有者的な支配の意思を認めることができる。実際の事件の処分としては、通帳等については不起訴となっており、客観的に所有者的な支配が不明確な通帳等を詐欺の客体に加えなくとも、同じ口座にかかる利用者カードの詐欺罪で起訴すれば、刑政の目的は達せられると判断されたのであろう²⁶。しかし、本件では、裁断された通帳等についても、所有者的な支配の意思を認めて不法領得の意思を肯定することができることを確認することができる。

このように、客観的な占有取得態様や状況に着目すれば、事例を3つの類型に分けることができるが、客観状況のみでは所有者的な支配を認定できない第3類型の場合に、所有者的な支配の意思が問題となり、その有無が領得罪の成否を分けることが分かる。多くの事案で、客観状況から不法領得の意思が推認されており、主観的な構成要件としての不法領得の意思は形骸化していると言えるが、やはり領得罪に必要な実体要件であると言える。また、客観状況から所有者的な支配が不明確な事案であり、直接的な利得の意思が認められずに不法領得の意思が否定された最決平成16年の意義も再確認することができる。

4. 精算前の持ち出し等の事例の検討

4-1 精算前の持ち出し事例

(1) 不法領得の意思を肯定した事例

ここでは、実際の裁判例で有罪・無罪の結論が分かれることが多い精算前の持ち出し事例について、不法領得の意思の認定判断の3類型を踏まえて考察す

²⁴ 通帳の財物性を認めたものとして、最決平成14年10月21日刑集56巻8号670頁。

²⁵ 本田・前掲注(23)93頁以下では、ほかにも、通帳やキャッシュカードの発行・交付と一体となっている暗証番号入力行為をすることによってはじめてインターネット口座を利用できるため、通帳等から生じる実質的な効用を享受する意思があることや、通帳等の保持は、同口座のインターネットバンキングを利用する正当な権利者であるとの外観を作出するための行為であり、これも通帳等から生じる効用であることなどの、利用処分意思を肯定する理由が紹介されている。

²⁶ 本田・前掲注(23)95頁。

る。広島高判令和 4 年²⁷は、店の商品である財布等を店舗外に持ち出し、自己の所持していたトートバッグ内の自己の所持品の上に置いた上、当該トートバッグをコインロッカー内に入れ、施錠をしてその場を離れた事案である。この事案では、客観的に、自己のトートバッグの中に入れ、自己の所持品と一緒に自己の管理するコインロッカー内に入れたという事情がある。被害者の許容しない持ち出しをしている上、利用可能性もあることから、所有者的な支配を認めることができる。判決は、「たとえ代金支払の意思や返還の意思があったとしても、被害者の意思に反した許容されない態様での持ち出し」と述べており、被告人には権利者が許容しない支配をする意思、つまり所有者的な支配の意思があったことも認められるが、この事案は、客観的に所有者的な支配がある場合であり、第 1 類型として、容易に不法領得の意思を認定することができる。

(2) 不法領得の意思を否定した事例

これに対し、未精算の商品を店外に駐車してあった車まで持ち出した高松地判令和 6 年²⁸の事案では、未精算の商品を外側から見えない場所に隠匿して建物外に持ち出しているため、被害者の意思に反した許容されない態様での持ち出しであり、客観的に所有者的な支配を認めることができるだろう。しかし、同事案の判決は、精算のため車内の 1 万円札を取りに戻るためだったという被告人の弁解を排斥することができないとして、不法領得の意思を認めなかった。被告人の主観面を考えると、ごく短時間の一時持ち出しの意思に過ぎず、被害者に財産的損害を与える意思もないので、被害者の意思に反した許容されない持ち出しという所有者的な支配の意思がないと言えるかもしれない。あるいは、所有者的な支配があったとしても、一時的であるから、不可罰な程度と判断されたのかもしれない。

しかし、本件は、客観的に所有者的な支配がある場合であり、第 1 類型として不法領得の意思を認めることができたのではないと思われる。店内の商品を精算せずに持ち出しているため、外観は典型的な万引き事案である。本件で、客が商品を断りなく出入り口から 10 メートル以上離れた自動車まで持ち出した上で、戻ってきて支払うということを被害者が許容するとは現実的に考えられず、また、隠匿して持ち出した態様からも被害者の許容しない占有移転をする認識はあったはずであるから、所有者的な支配の意思を認めることができる。本件のような事例で、被告人の後払いの弁解が通り、不法領得の意思がないという結論に至るのであれば、多くの万引き事案において、窃盗罪が成立しなく

²⁷ 広島高判令和 4 年 4 月 21 日 D1-Law28301613。

²⁸ 高松地判令和 6 年 1 月 23 日 LEX/DB25597068。

なってしまうのではないだろうか。判決文からは、商品をトートバッグに入れて持ち出したことに関する被告人の供述については、「現金を取りに行くだけなら問題ないだろうと考え」たといった内容しか読み取れないが、なぜ隠して持ち出しても問題ないと思ったのかについて追及し、被告人供述の不合理な点を明らかにすれば、そのような行動自体が所有者的な支配の意思の現れであるとして、不法領得の意思も認められたのではないかと思われる。店側の許可なく未精算の商品を店外に持ち出しながら、所有者的な支配の意思が否定されるのであれば、窃盗罪の成立範囲を不当に狭めることになるだろう²⁹。

4-2 動画撮影目的の事例

名古屋高判令和3年³⁰は、ユーチューバーであった被告人が、スーパーマーケットで魚の切り身を代金支払い前に嚥下して費消した事案である。精算前の商品を費消した点では、商品の万引きと類似した状況であり、第1類型の事案として客観状況から所有者的な支配を認め、それに伴う所有者的な支配の意思も容易に認定することができるのではないだろうか。以下、不法領得の意思のうち、権利者排除意思と利用処分意思のそれぞれの観点から考察する。

まず、権利者排除意思の観点から見ると、食べ物を嚥下するということは、完全に占有を移転させ、二度と元に戻せない状態にすることである³¹。直後に支払う意思があったとしても、それは占有移転後の話であり、そのような後払いを店側は許容していない³²。判決の述べる「たとえ短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われたとしても、それは手順が守られた支払いとはもはや社会通念上別個のもの」という部分は、使用窃盗のように一時的な占有侵害に

²⁹ なお、神戸地判平成29年9月28日 D1-Law28253874 は、車椅子を押して歩いていた被告人が、レジ袋に商品を入れて店舗外の南側通路を通行した事案であるが、「占有者の意思に反して本件各商品の占有を取得する認識に欠けていた、あるいは、代金を支払うまでのごく短時間だけ自らが本件各商品の占有を取得する意図はあるが、権利者を排除する意思はなかった」として、窃盗の故意ないし不法領得の意思が認められなかった。この事案は、そもそも客観状況から、支払いに行く途中であったと言える、あるいは、未精算の商品を隠匿する意図を有していたとは認定できない事案であり、本判決の事実認定をもとにすると、無罪は妥当である。第1類型に該当するにもかかわらず、不法領得の意思が否定された高松地判令和6年とは事情が異なる。

³⁰ 名古屋高判令和3年12月14日前掲注(3)。

³¹ 高橋直哉「判批」法学教室 505号（2022年）140頁は、本件では、「占有侵害自体が財物の利用可能性を直ちに侵害する行為となっている点に特徴がある」とする。

³² 橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣、2022年）163頁は、支払前に飲食・費消するような行為が横行すれば店の営業は混乱するし、そもそも、商品の飲食・費消後に確実に代金を取得できる保証はないとし、「スーパーマーケットの管理者としては、代金の精算が終わった後にはじめて商品の自由な処分を認めるという『手順』の遵守はきわめて重要であり、この順序が逆転することは（…）管理者としておよそ容認できない事態である」と指摘する。

過ぎないとして権利者排除意思がなかったとされるような事案ではないことを示していると言えよう。この点、直後に支払うのであるから、被害者側に実質的な被害はないとして権利者排除意思がないと捉える見解もあるが³³、店の商品である限り、あくまで予定される対価交換の時点を基準に、その時点とは異なる時点での占有移転時の権利者排除意思の有無を検討すべきであろう³⁴。レジで代金の精算を行う前、すなわち店側が商品の占有移転を許す前に費消すれば、それは店側の許さない所有者的な支配にほかならない³⁵。

また、利用処分意思の観点から見て、食べ物の占有を移転するだけでなく、食べ物を食べ物として摂取しているのであるから、食べ物から直接の利益を得ていると言える。判決は、『…飲食可能な食品の処分方法として本来的なものである』かどうかといった形式的な検討にとどまらずと前置きしつつも、切り身という財物自体を用いて、これから生ずる「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』』という効用を享受するための行為であることを指摘しているが、これは切り身自体の占有を取得しても得られない効用であり、切り身を（代金支払い前に調理もせずに）「摂取する」ことによる間接的・副次的な利益であると言えよう³⁶。魚の切り身を撮影しても面白い「絵」にはならず、直接の利益は「食す」ことで得るのである。被告人は、それを食すことを欲していたのであり、それが本来の食べ方であったのか、味わたったのかなどは、直接の利益の判断には影響しない。そして、その摂取した行為が結果的に面白い「絵」を生むのであるが、直接の利益は、占有移転時の直接の行為、すなわち切り身という財物自体の嚥下から観念することができる。本判決は、切り身という財物から得ようとした直接の利益が「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』』であるように読める点で、最決平成 16 年が利用処分意思に求めた「物の占有取得により直接生じる効果を得ようとする意思」と合致していないように思われる。本判決の述べるような効用であれば、切り身をパックから取り出して床に投げ

³³ 松宮孝明「購入代金支払前の『商品』の費消と『不法領得の意思』一名古屋高判令和 3・12・14 を素材として」立命館法学 399=400 号（2021 年）889 頁以下、大塚雄祐「代金精算前の商品の費消と窃盗罪の成否」早稲田法学 98 巻 3 号 174 頁。

³⁴ 足立友子「判批」臨増ジュリ 1583 号（2023 年）135 頁は、「事後的に一方的に支払われるのは、代金ではなく弁償にすぎない」と指摘する。

³⁵ 日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」における松本圭史会員報告では、管理者が財物の利用に関してルールを設定しているにもかかわらず、そのルールに反して財物を利用・処分することで管理者による自由な財物の利用・処分を妨げる場合にも、権利者排除意思の内容をなす「利用妨害」が生じうるとの見解が述べられており、参考になる。

³⁶ 小棚木公貴「窃盗罪における不法領得の意思が問題となった事例」北大法学論集 74 巻 4=5=6 号 666 頁以下は、面白い「絵」は「間接的」享受であると指摘し、本件では利用処分意思を否定すべきであるとの見解を述べる。

捨てる毀棄行為を撮影した場合であったとしても、切り身という財物自体を用いて効用を享受する意思を有していたと認めることができってしまうことになりかねず、妥当でない。

本件は、占有移転（費消）時に、権利者排除意思の観点からも、利用処分意思の観点からも、所有者的な支配の意思を認定することができることから、不法領得の意思が認められる事例である。万引きのような典型的な盗犯事案ではないものの、結局はスーパーマーケットの商品が対象となっている以上、客観状況から所有者的な支配が認められ、それに伴う所有者的な支配の意思も肯定される第1類型に当たる事例であると整理することができる。

4-3 小括

精算前の商品の持ち出し（あるいは、費消）事例では、客観的な占有取得状況、つまり所有者的な支配状況から不法領得の意思（所有者的な支配の意思）を認めることが可能である。精算前の持ち出しは通常許されないことに照らせば、客観的に完全な占有移転を認めることができれば、不法領得の意思も認めることができるのである。そして、後払いの意思があったとの主張については、それが真に所有者的な支配の意思がなかった場合なのか、単なる弁済であって客観状況から所有者的な支配の意思を認定することができる場合なのかを見極める必要がある。後払い弁済を許せば、多くの万引き事件で不法領得の意思が認められなくなり、窃盗罪の成立範囲が不当に制限されるおそれがある。

5. 服役目的等の動機がある事例の検討

5-1 服役目的で万引きした事例

裁判例において、有罪・無罪の判断が分かれている事例として、被告人が服役目的で万引きした旨主張する事案がある。まず、広島地判昭和50年³⁷⁾は、被告人が、刑務所で服役することを企図し、無施錠の自動車からステレオパック等を持ち出し、その足で約100メートル以内の距離にある派出所に出頭して自首したところ、即日被害品は被害者に仮還付されたという事案である。判決は、「自己を窃盗犯人とするためまさしく他人の所有物としてふるまった」ものであり、占有侵害は一時的のことであって、「一時的にせよ権利者を排除する意思はなかった」と認定し、服役目的だった被告人の権利者排除意思を否定した。

これに対して、広島高松江支判平成21年³⁸⁾は、被告人が生活費を増やそうと

³⁷⁾ 広島地判昭和50年6月24日刑事裁判月報7巻6号692頁。

³⁸⁾ 広島高松江支判平成21年4月17日高刑速平21号205頁。

いう意図のもとにコンビニエンスストアで強盗未遂を働いた事案であり、「刑務所に入ることも頭の一部にあったとは認められるが、それは、失敗したときは刑務所に入ることを想定していたことが窺われる程度であって、専ら刑務所に入ることをのみを目的として本件犯行に及んだとは認められない」とした上で、「奪った現金を自首の際にそのまま提出するつもりであったというのは、要するに他人の財物を奪って所有者として振る舞う意思であったことに何ら変わりはなく、単純な毀棄又は隠匿の意思をもってする場合には当たらないから、不法領得の意思を否定することにはならない」と判示した。他方で、さいたま地川越支判平成 21 年³⁹⁾は、コミック本 30 冊を手提げバッグに詰めて万引きした事案であるが、もっぱら検挙される目的であると認定しながらも、被告人が自主的に被害者に返還することや警察に自首することを考えていなかったからコミック本が被害者に安全に返還されるかどうかは相当に不確定的であったなどとして、権利者排除意思を認定し、不法領得の意思を認めた。さらに、東京高判令和 3 年⁴⁰⁾は、刑務所に入れば食事や休む場所を確保できると考えて万引きしたという事案であるが、判決は、「刑務所に入るために万引きしたと供述しているものの、書籍①を持って直ちに自首することなどは考えておらず、検挙時まで、書籍①を自己の支配下に置こうとしていたというのであるから、権利者を排除し、これを保管する意思に基づいた行為に及んだものと認められ、不法領得の意思に欠けるところはな」と判示した。

これらの事案を比較すると、同じように服役又は検挙目的を主張する被告人に対し、広島地判昭和 50 年のみ、権利者排除意思を否定して無罪としており、その他の裁判例では、権利者排除意思や保管する意思といったものを認めている。そこで、これらの服役目的が主張された事例についても、客観状況に着目してみると、いずれも客観的に「窃取行為」があり、被害者の意思に反する許されない態様での占有移転がある上、検挙時まで自己の支配下に置く行為が認められる。ただし、広島地判昭和 50 年については、約 100 メートル以内の距離の派出所まで持ち運んだだけであり、何ら利用していない状況であるため、「他人の所有物としてふるまった」とされ、所有者的支配が否定されたと言える。次に、所有者的支配の意思があるかどうかについて検討すると、広島地判昭和 50 年を除いて、直ちに自首するつもりはなく、被害者に財物が安全に返還されない可能性が高い状況であった⁴¹⁾。そして、財物から直接利得する意

³⁹⁾ さいたま地川越支判平成 21 年 6 月 22 日公刊物未登載（神山千之「専ら検挙されるためにした財物奪取行為と窃盗罪における不法領得の意思」判タ 1336 号（2011 年）30 頁参照）。

⁴⁰⁾ 東京高判令和 3 年 7 月 16 日高刑速令 3 号 229 頁。

⁴¹⁾ 神山・前掲注(39)30 頁は、さいたま地川越支判平成 21 年を「コミック本が被害者に

思があったかどうかについては、検挙時までその物を「保管する意思」が認められる。行為者としては、財物をその用法に従って使用しないとしても、検挙時に自己の犯罪の証明手段として示す必要があり、検挙前に手放すわけにはいかないのであるから、毀棄・隠匿の意思はない。直接の目的は、「窃盗犯」としてではあるが、物を手元に置くことであり、その物自体を必要としていることから財物から利得する意思が認められる。仮に検挙されて刑務所に入ることになれば、服役目的も達することができるが、それは窃盗後の間接的な効果に過ぎない。したがって、服役目的も併存するかもしれないが、外形的に商品の占有を移し、窃盗犯として財物を手元に置くこと自体から、検挙されるまで所有者的な支配をする意思が認められる。さいたま地川越支判平成21年のように、もっぱら検挙されるためであったとしても、窃盗の外観を作出した点で所有者的支配を満し⁴²、不確定な検挙まで手元に置く意思から所有者的支配の意思も満すため、不法領得の意思を認定することができる。すなわち、被告人の望む検挙については、窃盗後の派生効果として実現する可能性があるにとどまり、「もっぱら検挙目的」であったとしても検挙は財物から直接得られる効果ではない。あくまで財物から直接利得する意思があるかどうかが重要であり、服役や検挙されるための手段としての窃盗であったとしても、窃盗の対象となる客体の占有取得は不可欠であり、そこに利得を見出すことができる。

5-2 拾得者を装った事例

服役目的と類似の考え方をすることができる事例として、被告人が被害者と交際するきっかけを掴むために、拾得者を装って電話で被害者に接触する目的で、被害者の身元の分かる書類などが入っていると思った財布を奪ったという東京高判平成19年⁴³がある。この被告人の行為は、外形上は典型的な盗犯の手口であり、被害者の意思に反する占有取得である。したがって、この事例でも、客観的な占有取得状況から、所有者的な支配を認めることができる。そこで、被告人の主観についても見てみると、金銭的な利欲目的はなく、「拾得者」としての地位を欲していたことが分かる。また、身元の分かる書類から被害者の身上等の個人的な情報を見るつもりであったことが分かる。したがって、被告人にとっては、拾得物としていずれ返還することになるとしても、それまでの間、被害者の財布等を自己の支配下に置くこと自体が直接の利益になるのである。

安全に返還されない可能性を軽視できず物の利用可能性の阻害の程度が大きい」として権利者排除意思を認めたものと解する。

⁴² したがって、服役目的の事例は、客観的に所有者的な支配がある第1類型に当たると言える。

⁴³ 東京高判平成19年3月16日高刑速（平19）年147頁。

本件では、拾得者として財布を自己の支配下に置く意思から、所有者的な支配の意思を認めることができる。この事案も、客観状況に照らせば、第 1 類型として、容易に不法領得の意思を認めることができる。

5-3 小括

窃盗とは別に服役等の動機がある事案では、不確定ながら返還の意思があり、服役等の目的も、物それ自体から利得する意思とは異なるように思われるが、その目的達成のためには「所有者的な支配」という客観状況を作出することが不可欠である。そして、窃盗を行う意思で窃盗を行っているのであるから、不法領得の意思を特段問題にしなくとも、所有者的な支配も所有者的な支配の意思も満たすことになる。

そうであれば、広島地判昭和 50 年は、自首目的を認めて不法領得の意思を否定したが、窃盗の外観を作出すること、つまり、客体たる財物を自己の支配下に置くこと自体が利益になるのであるから、一時的にでも所有者的な支配及び所有者的な支配の意思があったとして、そして、服役することは間接的に得られる効果に過ぎないとして、不法領得の意思を認めるべきだったのではないだろうか。

何かを装う事例や、行為から通常考えられる目的とは異なる目的を持つ事例では、被告人が「直接の利得目的がなかった」かのように弁解しているかもしれないが、不法領得の意思は、占有取得時の客観的な行為に対応する意思であり、客観的に所有者的な支配があれば認定することができる場合（第 1 類型）が多い。所有者的な支配の意思は、別の間接的な目的や動機があっても否定されないものであるから、その有無を判断するには、派生する間接的な効果ではなく、財物の占有取得の直接の目的は何であるのかを認定する必要がある。その直接の目的は、単に「保管すること」、「手元に置くこと」などでも良く、物それ自体から直接生じる利益を得る目的であることが重要である。

6. おわりに

以上で検討したとおり、不法領得の意思については、その内実は「所有者的な支配の意思」と整理することが可能である。この「所有者的な支配の意思」と捉える見解は、裁判例において、客観的な所有者的な支配があれば、そこから所有者的な支配の意思が推認されており（第 1 類型）、多くの場合、不法領得の意思が何ら問題なく認められていること、また、本稿で取り上げた各裁判例で認定された不法領得の意思の最低限の共通項として「所有者的な支配の意思」を読み取れることから導き出したものである。実際の裁判例において

は、「権利者排除意思」と「利用処分意思」の2つの観点から検討されており、本稿では、それらの観点を無視した統一的不法領得の意思の解釈を新たに提案したわけではない。毀棄隠匿罪との区別が問題になる場面、不可罰の使用窃盗との区別が問題になる場面はそれぞれ存在しており、不法領得の意思という主観的構成要件がそれぞれの場面で必要となるという判例実務の考え方を基礎としている点で、本稿はあくまで判例分析をしたものにほかならない。

しかしながら、近年話題となった前記4-2で考察したユーチューバーの事件など、不法領得の意思を認めるかどうかの見解が分かれる事案が多々あることから、本稿では、不法領得の意思という主観的構成要件の必要性と、その認定判断において重視すべき事柄の再検討を試みた。窃盗罪の成立を判断する際には、不法領得の意思という占有移転時に要求される実体要件を満たすかどうかを、複数の間接事実から適切に判断することが重要である。被告人が「すぐに返還するつもりだった」、「嫌がらせ目的であり、使うつもりはなかった」、あるいは、「服役目的だった」などの主張をしていても、それは、例えば、「捕まったら、すぐに返還するつもりだった」、「見つかったら、すぐに支払うつもりだった」、「捕まって、刑務所に入ることになってかまわないと思っていた」といった意味であったり、「まだ使っていなかったから、使うつもりはなかったと言っておこう」といった事後の言い訳の心境に過ぎなかったり、所有者的な支配の意思とも併存するものであるかもしれない。このように不確かな被告人の主張や弁解から、占有移転時に「権利者を排除する意思はなかった」、「利用処分する意思はなかった」などと認定するべきではない。したがって、所有者的な支配の意思を判断する際には、事後の事情も含む間接事実を検討する必要があるが、あくまで認定すべきは、第1に、客観状況に照らして「所有者的な支配」行為があるのかどうか、第2に、その行為時に「所有者的な支配の意思」があるのかどうかである。そして、不可罰の使用窃盗との区別が問題となる場面では、その物の性質や販売方法、保管方法等に照らして、占有移転後に利用可能性があるのか、あるいは、本来の所有者の意思に反した占有移転かどうかなどに照らして判断する必要がある。また、毀棄隠匿罪との区別が問題となる場面では、その物から直接利得する意思があるのかどうか、あるいは、被告人の主張する服役等の目的は、財物窃取後に派生して生じる間接的な利益を得る目的に過ぎないのではないかなどを適切に判断する必要がある。

最後に、ドイツ刑法における領得意思を研究した上で、不法領得の意思を「自己の財産に組み入れる意思」と解する見解⁴⁴については、本稿で述べた「所有者

⁴⁴ 穴沢大輔「領得罪の『通説』」法セ821号（2023年）23頁以下、同「窃盗罪における権利者排除意思について」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）361頁以下、同「不法領得の客体について——いわゆる返還事例を念

的な支配の意思」を導き出す際にも参照しており、共通する点がある。しかし、本稿では日本の判例分析から、権利者排除意思については一時的な排除についても権利者の意思に反している点を捉えて広く認める考え方を導き出しており、ドイツ刑法よりも広く処罰されることになるだろう。また、占有取得を伴う毀棄隠匿罪について、窃盗罪との刑の違いをどう正当化するか⁴⁵については、前記 2-4 でも若干検討したところではあるが、違法性・責任の観点に立ち返った本質的な研究が必要であり、今後も検討を重ねていきたい⁴⁶。

やまなかじゅんこ（本学法学部准教授）

頭に」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、2014 年）485 頁以下、樋口亮介「不法領得の意思」研修 891 号（2022 年）18 頁以下参照。ほかに、日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」における荒木泰貴会員報告が参考になる。

⁴⁵ 松原・前掲注(13)231 頁以下注(42)及び 232 頁以下参照。松原芳博教授からは、日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」においても、同旨及び関連の質問・指摘を受けており、今後の検討課題としたい。

⁴⁶ 日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」の記録については、『刑法雑誌』64 巻 3 号に掲載予定である。

東海大学法学部教員一覧（○印は編集委員）

内田 剛
内山 安夫
大江 一平
押久保 倫夫
唐津 恵一（法学部長）
柑本 美和
小林 史治
塩原 真理子 ○
鈴木 拓也
鈴木 宏昌
高橋 奈々
田中 秀樹
富高 彩
内藤 悟
中谷 和弘
永山 茂樹
橋本 聡
服部 篤美
鞠山 尚子
山合 潤子
山中 純子 ○
湯本 あゆみ
吉岡 すずか

東海法学 第六十七号

発行日 二〇二四年一月三〇日

出版・発行 東海大学法学部

神奈川県平塚市北金目四一

Tokai Law Review

No. 67

**Commemorative issue for Professor ISHIDA Kiyohiko,
KITAMURA Takanori**

●Contents

• Dedication

..... KARATSU Keiichii

• Biography and Work of Professor ISHIDA Kiyohiko

• Biography and Work of Professor KITAMURA Takanori

[Lecture]

The Self-Defense Forces' Ability to Attack the Enemy Base

..... NAGAYAMA Shigeki

[Article]

Introductory Study on Suitability Doctrine in Insurance Contracts

..... KOBAYASHI Fumiharu

[Article]

Überprüfung der Zueignungsabsicht

—anhand der Betrachtungen über die Entscheidungen seit dem

Beschluss des Obersten Gerichtshofs von 2004

..... YAMANAKA Junko

2024

SCHOOL OF LAW, TOKAI UNIVERSITY

4-1-1 Kitakaname Hiratsuka Kanagawa, 259-1292 JAPAN